Zivilrecht

Helmut Koziol (Hrsg)

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht

mit Beiträgen von

Bjarte Askeland
W. Jonathan Cardi
Michael D. Green
Helmut Koziol
Katarzyna Ludwichowska-Redo
Attila Menyhárd
Olivier Moréteau
Ken Oliphant
Keizô Yamamoto




Jan Sramek Verlag

Helmut Koziol (Hrsg)

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht

Zitierung: Autor, Beitragstitel, in: Helmut Koziol (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts (2014), Randziffer

Helmut Koziol (Hrsg)

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht

Mit Beiträgen von

Bjarte Askeland
W. Jonathan Cardi
Michael D. Green
Helmut Koziol
Katarzyna Ludwichowska-Redo
Attila Menyhárd
Olivier Moréteau
Ken Oliphant
Keizô Yamamoto

Jan Sramek Verlag 2014

Forschungsergebnisse von Austrian Science Fund (FWF): Projekt P23519-G16

Veröffentlicht mit Unterstützung des Austrian Science Fund (FWF): PUB-Antragsnummer 259-V16



Die finanzielle Unterstützung des FWF ermöglicht auch den kostenfreien Zugriff auf dieses Dokument.

In Zusammenarbeit mit



Eigensatz des Verlags
Schrift: Arnhem Pro

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN 978-3-7097-48-8 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

Vorwort

Dieser Band enthält die deutsche Version des zweiten Teiles des Projekts »Basic Questions of Tort Law«, das vom österreichischen Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) finanziert wurde. Während im ersten Band »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« (2012) die Grundfragen aus der Sicht der deutschsprachigen Länder erörtert wurden, finden sich im vorliegenden zweiten Band die Stellungnahmen der Vertreter von sieben Rechtsordnungen zu diesen Ausführungen sowie ein rechtsvergleichendes Schlusswort. Bei der Auswahl der Rechtsordnungen wurde darauf geachtet, dass die europäischen Rechtskreise vertreten sind; da die östlichen Mitgliedsländer der Europäischen Union einerseits keine Einheit bilden und andererseits die jüngsten Kodifikationen vorzuweisen haben, wurden zwei Rechtsordnungen aus diesem Gebiet berücksichtigt. Die USA sind ein einflussreicher Ideenspender und deren common law weicht doch erheblich von dem in Europa vorhandenen common law ab; es lag daher nahe, sie einzubeziehen. Das japanische Recht wiederum ist als asiatisches Gegengewicht gedacht, das für Europa besonders deshalb interessant ist, weil europäisches Gedankengut mit eigenständigen Entwicklungen eng verwoben ist. Durch diese Streuung der einbezogenen Rechtsordnungen sollte eine möglichst breite Basis für rechtsvergleichende Anregungen gewonnen werden, die aber dennoch bearbeitbare Ausmaße behält.

Die nationalen Eigenheiten spiegeln sich auch in der Ausgestaltung der Länderberichte wider: Darstellungsweise und Argumentationsstil sind durchaus unterschiedlich und vermitteln dem Leser damit erwünschtermaßen Einblicke in die Gedankenwelt der jeweiligen Rechtsordnung. Auch die Bereitschaft, auf die Ideen des ersten Bandes näher einzugehen, ist keineswegs einheitlich und lässt wohl Kulturunterschiede erkennen. Die Ausarbeitung der rechtsvergleichenden Schlussbemerkungen wurde durch die Unterschiedlichkeit der Länderberichte zwar erheblich erschwert, aber andererseits ohne Zweifel ebenfalls bereichert; sie führte allerdings auch zu einer nicht ganz gleichmäßigen Berücksichtigung der einzelnen Rechtsordnungen. Zu dieser Ungleichheit hat überdies noch beigetragen, dass keineswegs alle Berichte gleichzeitig eingearbeitet werden konnten, da manche Beiträge leider nicht zur vorgesehenen Zeit eintrafen, auf Grund der beträchtlichen Verspätungen aber die Arbeit an den rechtsvergleichenden Schlussbemerkungen schon vor Einlangen aller Länderberichte aufgenommen werden musste, um die Verzögerung der Fertigstellung des Projektes noch in tragbaren Grenzen zu halten.

In den rechtsvergleichenden Schlussbemerkungen habe ich versucht, Anregungen aus den in die Untersuchung einbezogenen Rechtsordnungen aufzunehmen und Ansätze für die Diskussion über die Weiterentwicklung der Rechtssysteme und deren Harmonisierung zu suchen. In dem Schlussabschnitt konnte selbstverständlich nicht auf alle wertvollen in den Länderberichten enthaltenen Gedanken und auch nicht auf sämtliche wichtige Grundfragen eingegangen werden. Die Auswahl der ausführlicher angesprochenen Themen mag etwas willkürlich erscheinen; ich habe mich aber bemüht, vor allem Ideen aufzugreifen, die bisher noch nicht so häufig diskutiert wurden und – auch rechtspolitische – Grundfragen betreffen. Die Länderberichte enthalten noch viele weitere Schätze, die darauf warten, entdeckt zu werden, und zwar von Rechtsvergleichern und von Dogmatikern.

Die von mir präsentierten Denkanstöße richten sich an all jene, die auf eine Rechtsangleichung hinarbeiten, aber ebenso an Gesetzgeber, Gerichte und Wissenschaftler im nationalen Bereich, mit dem Ziel, die nationale Fortentwicklung aber auch eine allmähliche internationale Annäherung der Rechtsordnungen von innen her zu fördern. Ich bin überzeugt, dass die umfassenden, anregenden Länderberichte darüber hinaus rechtsvergleichend arbeitenden Juristen eine wertvolle Fundgrube für weitere Arbeiten bieten werden.

Hinzuweisen ist darauf, dass in dieser deutschen Fassung des zweiten Bandes stets auf die englische Publikation von »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« verwiesen wird, da diese als Grundlage des Projektes diente und nicht die – inhaltlich etwas abweichenden – »Grundfragen des Schadenersatzrechts«. Betonen möchte ich ferner, dass die rechtsvergleichenden Schlussbemerkungen trotz ihres Umfanges selbstverständlich nicht in der Lage sind, die ausführlichen Länderberichte vollständig oder auch nur zureichend wiederzugeben. Um wirklich Einblick in die einzelnen Rechtsordnungen und ihre Gedankenwelt zu gewinnen, ist daher die Lektüre der Länderberichte unerlässlich.

Dieses Projekt konnte nur durch die einsatzfreudige Mithilfe Vieler durchgeführt werden. Dank gebührt zunächst dem österreichischen Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, der die erforderlichen finanziellen Mittel bereitgestellt hat. Dann ist selbstverständlich vor allem den Länderberichterstattern aufrichtig zu danken, die sich der nicht zu unterschätzenden Mühe unterzogen haben, in die doch weitgehend fremde Gedankenwelt des deutschen Rechtskreises einzudringen, und bei der Ausarbeitung ihrer Stellungnahmen häufig mit ihrer sonstigen Arbeitsüberlastung zu kämpfen hatten. Ganz besonderer Dank gebührt ferner den beiden Übersetzern: Herbert Hausmaninger, Wien, hat mit vollem Einsatz die Lücke gefüllt, die durch den unerwarteten Ausfall der für die englischsprachigen Länderberichte vorgesehenen Übersetzerin entstand; Gabriele Koziol, Kyoto, war bereit, ihre eigenen Arbeiten hintanzusetzen, um die sonst nicht durchführbare Übersetzung des japanischen Berichts zu ermöglichen.

Meinen Mitarbeitern am Europäischen Zentrum für Schadenersatz- und Versicherungsrecht Edina Busch Tóth, Kathrin Karner-Strobach und Vanessa Wilcox habe ich für die verlässliche und einsatzfreudige Betreuung des Projektes und des Manuskriptes herzlich zu danken; Frau Edina Busch Tóth hat überdies dankenswerter Weise die Mühen der Anfertigung des Sachregisters auf sich genommen. Der Verleger Jan Sramek und sein Team haben die Publikation wieder intensiv und kundig betreut, so dass die Zusammenarbeit ein Vergnügen war.

Wien • Graz, August 2014 *Helmut Koziol*

Inhaltsübersicht

Helmut Koziol

8 Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen

Inhaltsverzeichnis

Bjarte Askeland

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus norwegischer Sicht 2

▷

▷

Ken Oliphant

5

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth

Michael D. Green • W. Jonathan Cardi

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus US-amerikanischer Sicht

6

▷

Keizô Yamamoto

7 Grundfragen des Schadenersatzrechts aus japanischer Sicht

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht

Frankreich

Olivier Moréteau

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus französischer Sicht

Kapitel 1

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus französischer Sicht

Olivier Moréteau*

Teil 1 Einleitung

I. Eigenrisiko des Geschädigten und Schadensüberwälzung

Den Gedanken, dass jedermann sein eigenes allgemeines Lebensrisiko tragen müsse, könnte man vielleicht in der philosophischen Literatur antreffen, nicht aber als Ausgangspunkt eines Kommentars zum französischen Schadenersatzrecht. Kein französisches Werk über Schadenersatzrecht würde mit der Feststellung beginnen, dass ein Geschädigter grundsätzlich den Schaden selbst tragen müsse. Klassische Studien konzentrieren sich auf den Täter: Ich hafte nur, wenn ich schuldhaft rechtswidrig handle, wenn ich etwas Unrechtes oder Unerlaubtes getan habe (neminem laedere). *Planiol* hat sein Werk unmittelbar mit dem verschuldeten Unrecht (faute) begonnen und danach Fälle von Haftung ohne Verschulden behandelt. Er hat allerdings auch geschrieben »Daraus, dass Verschulden bedeutet, dass eine Handlung gegen das Recht verstößt, ergibt sich eine wichtige Folge: wenn ich das Recht habe, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, trifft mich kein Verschulden, wenn ich sie setze; und habe ich das Recht, etwas nicht zu 1/1

* Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr.h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

tun, dann trifft mich kein Verschulden, wenn ich es unterlasse. Daraus folgt, dass ich niemandem etwas schulde, gleichgültig, welchen Schaden eine solche Handlung oder Unterlassung einem anderen zugefügt haben mag«[1]. Man kann das einfach umdrehen, und hat damit eine Aussage, die ebenfalls zum Ausdruck bringt, dass grundsätzlich ein Geschädigter seinen Schaden selbst tragen muss.

1/2 *Koziol* schreibt: »Es ist jedoch festzustellen, dass in der heutigen Gesellschaft die – durch so manche politische Schlaraffenland-Vorspiegelung geförderte – Vorstellung zunimmt, dem Einzelnen sei jegliches Risiko abzunehmen; stets sei ein Anderer für seinen Schaden verantwortlich und daher sei jedem Geschädigten der erlittene Nachteil abzudecken. Dabei wird jedoch die unleugbare Tatsache übersehen, dass durch Ersatzleistungen an den Geschädigten der Schaden nicht aus der Welt geschafft, sondern bloß auf jemand anderen überwälzt wird, es also lediglich zu einer Schadensverlagerung kommt und ein anderer durch die Schadensabdeckung einen Nachteil erleidet«[2].

1/3 Aus einer rein schadenersatzrechtlichen Sicht ist dies gewiss richtig, obwohl letztlich doch ein beträchtlicher Teil des Schadens beim Opfer verbleibt. Wenn sich freilich Schadenersatzrecht mit Versicherung und Vergesellschaftung des Risikos überschneidet, können wir von einer Überwälzung der Kosten des Ersatzes sprechen, wobei der Schaden beim Opfer verbleibt. Das versicherte Risiko wird verdünnt, indem es von allen Versicherten getragen wird, einschließlich des versicherten Opfers. Dasselbe gilt für die Vergesellschaftung von Risiken durch die Sozialversicherung. Was die »Schlaraffenland«-Illusion betrifft, so sind die Franzosen überzeugt, dass die Gesellschaft besser funktioniert, wenn ihre Mitglieder bereit sind, die Last des Risikos zu teilen und auszugleichen, und sie wählen daher ein Solidaritätsmodell. Das ist eine politische Entscheidung, die sich zumindest in den letzten ein oder zwei Generationen als durchführbar erwiesen hat. Damit will ich freilich nicht auch alle Exzesse des französischen Schadenersatzrechts gutheißen, die auf den folgenden Seiten angeführt werden sollen.

1/4 Zeitgemäße Ideen haben zu der Vorstellung geführt, dass körperliche Unversehrtheit und einige andere persönliche Interessen wie Eigentum und Persönlichkeitsrechte gewährleistet werden müssen. Dieser opferbezogene Ansatz[3] hat die Entwicklung strikter Haftung gefördert, die im 20. Jahrhundert in viele Bereiche des französischen Rechts eingedrungen ist, etwa in Fällen, in denen ein Schaden durch eine Sache oder durch einen Verkehrsunfall verursacht worden ist, um nur die bekanntesten Beispiele zu nennen.

1 *M. Planiol,* Traité élémentaire de droit civil II/1, vgl auch die englische Übersetzung Louisiana State Law Institute (1959) Rz 870, 476.

2 *H. Koziol,* Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective I (2012) Rz 1/2.

3 *B. Starck,* Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée (Dissertation Paris 1947).

Mittlerweile ermöglicht die allgemeine Sozialversicherung jedem Opfer einer unfallbedingten Körperverletzung den Zugang zu freier oder erschwinglicher medizinischer Versorgung, wobei kein größerer Teil des Schadens ohne Ersatz bleibt. Dass der Sozialversicherung ein Regressanspruch gegen den Täter zusteht, berührt das Opfer kaum, das ohnedies einen Mindestersatz erhält. Außerdem ist das meiste Hab und Gut durch Eigenschaden- oder Haftpflichtversicherung (oder eine Kombination aus beiden) geschützt, wobei Regressklagen der Versicherungen für das Opfer unsichtbar bleiben. Dass Geschädigte in der Regel ihren Verlust selbst tragen müssen, stimmt gewiss für das Schadenersatzrecht, doch wenn man die Dinge aus der weiteren Perspektive der Ersatzleistung an das Opfer betrachtet, scheint sich in Frankreich das Prinzip zur Ausnahme zu entwickeln. **1/5**

Zivilrechtliche Haftung wird nicht als Einschränkung der Handlungsfreiheit verstanden, da Frankreich weitgehend vom Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit zur Verteilungsgerechtigkeit übergegangen ist. Das selbsternannte *pays des droits de l'homme* (Land der Menschenrechte) ist zum *pays des droits acquis* (Land wohlerworbener Rechte) geworden. Es wird weithin gebilligt, dass ein Teil der Versicherungsprämien in Entschädigungsfonds für die Opfer unversicherter Kraftfahrer, insolventer Straftäter oder Terroristen fließt, und dass die Entschädigung von Katastrophenopfern eine Angelegenheit nationaler Solidarität darstellt[4]. **1/6**

Die Schadensverhütung wird nicht als Primärziel des Schadenersatzrechts betrachtet[5]. Eine Präventivfunktion wird dem Schadenersatzrecht zwar nicht abgesprochen, sie wird jedoch hauptsächlich dem Strafrecht zugewiesen. Die Verschärfung strikter Haftung für Verkehrsunfälle durch das Gesetz aus 1985 kann dazu führen, dass der schwer betrunkene Fußgänger, der auf der Straße zusammenbricht, vom sorgfältigen Autofahrer Ersatz erhält (natürlich auf Kosten von dessen Versicherung, dh letztlich aller ebenso Versicherten). Doch Geschwindigkeitsbegrenzungen werden strikt kontrolliert und das Lenken eines Kraftfahrzeuges in alkoholisiertem Zustand wird streng bestraft, die Straßenverkehrsinfrastruktur ist stark verbessert worden, wodurch die Zahl tödlicher Unfälle und der durch Kfz-Unfälle verursachte Schaden dramatisch reduziert worden sind. Die französischen Straßen sind dadurch trotz des ständig steigenden Verkehrsaufkommens sicherer geworden als sie je waren. **1/7**

4 *O. Moréteau,* Policing the Compensation of Victims of Catastrophes: Combining Solidarity and Self-Responsibility, in: W.H. van Boom/M. Faure (Hrsg), Shifts in Compensation between Private and Public Systems (2007) Rz 39 und 44.

5 Siehe *A.-D. On,* Prevention and the Pillars of a Dynamic Theory of Civil Liability: A Comparative Study on Preventive Remedies (LL.M. Thesis, Louisiana State University, Baton Rouge, 2013).

II. Versicherungslösung statt Haftpflichtrecht?

1/8 Umfassender Versicherungsschutz führt nicht notwendigerweise zu Sorglosigkeit. Durch das im Code des assurances auferlegte Bonus/Malus-System müssen rücksichtslose Kfz-Lenker beträchtlich höhere Prämien zahlen, während sorgfältige Lenker ohne registrierte Haftungsfälle bis um die Hälfte reduzierte Prämien zu leisten haben. Überschwemmungsopfer können Ersatz erhalten, doch der unversicherte Selbstbehalt wird nach jeder weiteren Überschwemmung hinaufgesetzt, bis die Lokalverwaltung eine Risikovermeidungsplanung vornimmt, wodurch für Einwohner ein Anreiz geschaffen wird, in sicherere Gebiete zu übersiedeln oder Druck auf die Lokalverwaltung auszuüben, den Fluss auszubaggern oder das Schleusensystem zu verbessern[6]. Ähnliche Vorschriften beschränken oder verweigern Versicherungsschutz für Bauten in besonderen Gefahrenzonen für den Fall einer technologischen Katastrophe[7].

1/9 Es ist richtig, dass Sozialversicherung und Privatversicherung nie den gesamten Schaden abdecken, doch auch das Schadenersatzrecht bewirkt dies nur für Reiche, die ihren Verlust abfedern können, bis sie den sogenannten vollen Ausgleich erhalten, wenngleich unter Abzug von nicht-refundierbaren Anwaltskosten[8].

1/10 Das französische Sozialsystem mag bankrottgehen, doch es gibt keinen empirischen Beweis, dass dafür Unfälle verantwortlich sein werden. Die Verantwortung dürfte vielmehr bei einer Kombination von Misswirtschaft in der Verwaltung und Kostenexplosion in der Heilbehandlung liegen. Das Versicherungswesen bleibt hingegen ein dynamischer Bereich der französischen Wirtschaft, mit starker globaler Präsenz und Sichtbarkeit, mit Prämien, die für die meisten Nutznießer leistbar bleiben.

1/11 Niemand würde in Frankreich bestreiten, dass gerechte Entschädigung versicherungsrechtliche und schadenersatzrechtliche Lösungen verbinden muss, und dass Systeme bestehen müssen, die zumindest im Normalfall der Körperverletzung oder des Sachschadens verhindern, dass Opfer monate- oder jahrelang den unsicheren Ausgang eines Rechtsstreits abwarten müssen, um Ersatz zu erlangen. Bei Personen- oder Sachschäden wird die Verzögerung bei der Schadensminderung am häufigsten durch die wirtschaftliche Unfähigkeit des Opfers bewirkt, sinnvolle Maßnahmen zur geeigneten und zeitgerechten medizinischen Versorgung oder zur Reparatur oder zum Ersatz der Sache zu treffen. Es überrascht nicht,

6 *Moréteau* in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation between Private and Public Systems Rz 64.

7 *Derselbe* Rz 63.

8 Art 700 des Zivilprozesskodex gestattet den Streitparteien, Ersatz von Anwaltskosten zu begehren; die Entscheidung darüber obliegt dem Ermessen des Gerichts. Die obsiegende Partei hat die Aussicht, einen Teil der Kosten zu erlangen, doch Frankreich kennt keine Regel, wonach der Verlierer die Gesamtkosten des Verfahrens zu tragen hätte.

dass die Schadensminderungslehre in jenen Rechtssystemen floriert, in denen soziale Wohlfahrt unterentwickelt ist. Obwohl französische Gelehrte heute für die Aufnahme einer Schadensminderungsklausel in den Code civil plädieren[9], wollen sie Personenschäden davon ausnehmen[10], offensichtlich auf Grund des stark verankerten Solidaritätsgedankens. Aus einer law-and-economics-Perspektive ist die Bereitstellung sofortiger und umfassender medizinischer Versorgung ein Weg, die Gesamtkosten von Unfällen zu reduzieren, die in jeder Gesellschaft unvermeidlich sind, und die zu steigen drohen, wenn die richtige Behandlung nicht im richtigen Zeitpunkt vorgenommen wird.

Aus einer rein schadenersatzrechtlichen Perspektive mag das französische System vielen Betrachtern als unvernünftig erscheinen. In diesem Beitrag soll eine ganzheitliche Perspektive geboten werden, indem die Basic Questions of Tort Law aus dem Blickwinkel der Kompensation betrachtet werden[11]. Das Wort Kompensation hat in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition beträchtliches Gewicht. Es bedeutet das Erlöschen einer Obligation, wenn zwei Parteien einander denselben Geldbetrag schulden. Versicherungs- und Sozialversicherungssysteme bedeuten, dass Menschen einen geringfügigen Teil ihrer Mittel beitragen, um ansonsten untragbare Verluste zu kompensieren, die im Zuge eines Schadenersatzprozesses nur mit hohen Kosten abgedeckt werden könnten, wobei der Zeitfaktor die Möglichkeit der Schadensminderung beschränkt. Dieser präventive Ansatz kompensiert die Kosten des Schadens, wobei nur ein unbeträchtlicher Teil übrigbleibt, der um den Preis eines Zivilprozesses erlangt werden kann. In dieser Sicht erscheint es angemessen, der Versicherungswirtschaft oder dem Sozialversicherungssystem zu gestatten, gegen einen feststellbaren Täter Regress zu nehmen, da dies die Kosten des Präventionssystems für alle Nutzer reduziert. **1/12**

Dies bedeutet, dass aus französischer Sicht zumindest in der Praxis zivilrechtliche Haftung nicht mehr ein zentrales, sondern nur mehr ein marginales Instrument darstellt. Das sollte man sich bei jeder Untersuchung des französischen Schadenersatzrechts und bei jeder rechtsvergleichenden Studie vor Augen halten. **1/13**

9 *O. Moréteau,* The Draft Reforms of French Tort Law in the Light of European Harmonization, in: P. Mangowski/W. Wurmnest (Hrsg), Festschrift für Ulrich Magnus (2014) 77 ff, 88 f.

10 *Derselbe*.

11 Prof. *Viney* gibt eine meisterhafte Darstellung der allgemeinen Entwicklung in *G. Viney,* Introduction à la responsabilité[3], LGDJ (Librairie générale de droit et de jurisprudence) (2008) (siehe Titel I).

III. Strenge Grenzen und starre Normen oder fließende Übergänge und elastische Regeln?

1/14 Im französischen wie auch in anderen Rechtssystemen ist »Starrheit« kein Ausdruck, mit dem man zivilrechtliche Haftung charakterisieren könnte. Die von *Koziol* demonstrierte Sicht, wonach Verschuldenshaftung und verschuldensunabhängige strikte Haftung zwei Endpunkte einer Kette abgestufter Mischformen darstellen[12], passt sicher auf das französische Recht, in dem zB die strikte Haftung einer Person, die eine schädigende Sache in ihrer Gewahrsame hat, zu einer Haftungsteilung mit dem Opfer führt, wenn dieses ein Verschulden trifft. Ebenso sind trotz der strengen Regel des *non-cumul* (Kumulierungsverbots) im französischen Recht die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktshaftung keineswegs klar, obwohl die Tendenz besteht, dem Vertragsrecht so weit wie möglich Vorrang einzuräumen[13].

1/15 Das common law hat Lehren wie jene von der Schadensminderung (mitigation of damage) und dem Strafschadenersatz (exemplary damages) entwickelt, die langsam auch in das französische Rechtsdenken eingedrungen sind, und die einst sakrosankte Norm, wonach Schadenersatz vollen Ausgleich für das Opfer bewirken sollte, nicht mehr und nicht weniger, ist zugunsten stärkerer Flexibilität in den Hintergrund getreten[14].

1/16 Frankreich hat nie absolut geschützte oder ungeschützte Rechte anerkannt, da der Code civil nie geschützte Interessen definiert hat. Grundsätzlich ist unter dem französischen Code civil[15] unter der Voraussetzung, dass alle anderen Haftungsvoraussetzungen zutreffen, jeder Schaden ersatzfähig, denn der Schadensbegriff ist historisch fließend und bleibt der Bestimmung durch die Gerichte überlassen. Der französische Code civil unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Schadenskategorien. Das hätte der Ansicht von *Portalis* widersprochen, wonach

---

12 Basic Questions I Rz 1/21.

13 Allerdings mit einer jüngst erfolgten Rückkehr zu deliktsrechtlicher Haftung im Fall der Arzthaftung: Cass Civ 1, 3. Juni 2010, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Bull) I Nr 128, Recueil Dalloz (D) 2010, 1522 Anmerkung *P. Sargos;* Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ) 2010, 571, Bemerkungen *P. Jourdain; O. Moréteau,* France, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010 (2011) 175, Rz 4–10.

14 Die jüngsten Vorschläge zur Reform des Obligationen- oder Schadenersatzrechts sehen auch Strafschadenersatz vor: Art 1377 des Catala-Entwurfs *(O. Moréteau,* France, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2005 (2006) 270, Rz 1–11 und H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2006 (2008) 196, Rz 1–8); Art 54 des Terré-Entwurfs *(O. Moréteau,* France, in: K. Oliphant/B.C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2011 [2012] 216, Rz 1–11 und *O. Moréteau/A. D. On,* France, in: K. Oliphant/B.C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2012 [2013] 229, Rz 1–17). Siehe auch *Moréteau* in: Magnus-FS 88.

15 Sondergesetze können restriktiver sein, siehe das Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985, das Verbesserungen für Opfer von Verkehrsunfällen und eine Beschleunigung des Schadenersatzverfahrens bezweckt.

der Code soziale und technische Entwicklung erlauben sollte, indem großes Vertrauen in die Justiz gesetzt wird[16]. Obwohl das französische Recht oft als sehr positivistisch und gesetzesbetont charakterisiert wird, ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die treibende Kraft in der Entwicklung des französischen Schadenersatzrechts im ständigen und intensiven Dialog zwischen der Wissenschaft und der Justiz zu erblicken ist. Im Unterschied zu vielen anderen europäischen Rechtssystemen ist die französische Rechtslehre nicht dogmatisch, sondern ziemlich pragmatisch. Wissenschaftliche Publikationen mögen auf den ersten Blick formalistisch erscheinen, wenn man sie nach ihrer Form und ihrem Stil beurteilt. Französische Schadenersatzrechtler sind jedoch im Allgemeinen sehr gut informiert, sie erörtern wirtschaftliche und soziale Konsequenzen von Lösungen insbesondere in ihren Entscheidungsanmerkungen. Man wirft französischen Wissenschaftlern gelegentlich mangelndes Interesse an interdisziplinären »Law and …«-Studien vor, speziell hinsichtlich law and economics und feminist studies. Das beruht vielleicht darauf, dass die Franzosen diese Dinge seit langem selbst betrieben haben, und kein Bedürfnis empfinden, sie zu etikettieren. Man sollte Formalismus nicht mit Dogmatismus verwechseln. Die Franzosen sind »formalistische Realisten«. Sie wollen, dass ihr System offen ist, und sich mit den wechselnden sozialen Bedürfnissen weiterentwickelt.

In der Praxis ist das französische Recht Alles-oder-nichts-Lösungen abgeneigt **1/17**
und tendiert eher zu pragmatischer Anwendung der wenigen offenen Klauseln seines Code civil. Schadensteilung auf Grund von Mitverschulden entspricht allgemeiner Übung der Gerichte, obwohl der Ausdruck nicht verwendet wird, insbesondere, wenn es sich um die Haftung für eine Sache handelt. Wenn im Hinblick auf Schadensteilung die Fahrlässigkeit des Opfers gegen die strikte Haftung der Partei gesetzt wird, in deren Gewahrsam sich die schadensverursachende Sache befindet[17], denken Richter zwangsläufig auch an die Fahrlässigkeit des Täters und demonstrieren damit die faktische Existenz einer Grauzone zwischen verschuldensabhängiger und sogenannter strikter Haftung für eine Sache in der französischen Gerichtspraxis. Puristen und Dogmatiker haben vielleicht Recht, wenn sie sagen, dass nach der Rechtslage Haftungsteilung eine Frage der Kausalität und nicht des Verschuldens sein sollte. Doch wenn man die Gerichtspraxis betrachtet, insbesondere in jenem Zeitraum, in dem die Gerichte Art 1384 Code civil auf Verkehrsunfälle anwandten[18], war ein Richter in erster Instanz eher geneigt, zB in einem Fall, in dem ein Lenker mit hoher Geschwindigkeit eine rote Verkehrsampel missachtete und einen Fußgänger überfuhr, der gedankenverloren abseits des

16 Siehe die Auszüge aus seinem Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801, in *A. Levasseur,* Code Napoleon or Code Portalis? (1969) 43 Tulane Law Review (Tul L Rev) 762, 767–774.

17 Art 1384 para 1 Code civil.

18 Nämlich in den fünfzig Jahren, die der Erlassung des Sondergesetzes 1985 vorangegangen sind.

Schutzwegs die Straße überquerte, an Verschulden als an Verursachung zu denken, wenn er die dem Opfer geschuldete Ersatzleistung reduzierte.

1/18 Ebenso erweist sich Schadenersatz für den Verlust einer Chance als ein Weg, Anteilshaftung in das französische Recht einzuführen[19]. Wenn das Verschulden des Täters den Geschädigten daran hindert, einen aussichtsreichen Vertrag abzuschließen, wird nicht entschieden, »der Geschädigte erhält vollen Ersatz für den erwarteten Gewinn« oder »der Geschädigte erhält nichts, weil nicht erwiesen ist, dass der Verlust durch Verschulden des Täters verursacht worden ist«, sondern das Opfer kann geltend machen, dass die schuldhafte Handlung den Verlust einer Chance bewirkt hat. Der Verlust einer Chance gilt als Schadenstyp[20], und die Ersatzleistung wird zwischen 1 % und 99 % dessen liegen, was andere Rechtsordnungen als vollen Schaden betrachten würden, sofern der Kläger aktuell und mit Sicherheit einer günstigen Gelegenheit beraubt erscheint[21].

1/19 Ein weiterer Beweis für die Elastizität des Rechts ist die starke Neigung der französischen Cour de cassation, des obersten Gerichts, das für die Integrität des Code civil und seine einheitliche Anwendung im Land Sorge trägt, die Fragen des Schadensumfangs, des Vorliegens von Fahrlässigkeit, des Ausmaßes der Sorglosigkeit des Geschädigten und ihrer kausalen Auswirkung usw zu Tatsachenfragen zu erklären, deren Beurteilung dem freien Ermessen der Untergerichte überlassen wird. Was in anderen Rechtsordnungen als Rechtsfrage gilt, kann als Tatsachenfrage beschrieben werden, womit die Überprüfbarkeit durch die Cour de cassation eingeschränkt wird. Selbstbeschränkung und Respekt helfen bei der Kontrolle der Schleusen in einem System, das allen Streitparteien erlaubt, die Rechtmäßigkeit jedes endgültigen Urteils bei der Cour de cassation anzufechten. Das oberste Gericht zeigt hohe Meisterschaft bei der Definition seiner Kontrollbefugnis. Gelegentlich schränkt es diese ein (und begrenzt die Flut der Fälle, um überleben zu können), indem es den Begriff »Tatsache« dehnt und damit die Rechtsfragen einengt, die ihm zur Prüfung vorgelegt werden können. Wenn es Mängel in seiner Selbstbeschränkung entdeckt, fällt es ihm leicht, seine Kontrollfunktion auszuweiten, indem es Untergerichte daran erinnert, dass es immerhin dafür zuständig sei, Fälle von *dénaturation* zu prüfen, dh von unrichtiger rechtlicher Qualifikation eines Sachverhalts. Diese Prozesse verdeckter Ermessensübung haben Rechtsvergleicher wie *Mario Rotondi* fasziniert[22]. Die Vorgangsweise ist völlig undogmatisch,

---

19 *O. Moréteau,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in France, in: I. Gilead/M. D. Green/B. A. Koch (Hrsg), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (2013) Rz 2.

20 Das stellt kein Problem dar, da der Code civil keine Schadenstypen definiert.

21 Cass Civ 1, 4. Juni 2007, La semaine juridique: Juris Classeur Périodique (JCP) 2007, I, 185, Bemerkungen *P. Stoffel-Munck,* kommentiert von *O. Moréteau,* France, in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2007 (2008) 274, Rz 8 ff.

22 *M. Rotondi,* Considérations en fait et en droit, RTD Civ 1977, 3.

und erlaubt große Flexibilität und Fluidität, ohne die Notwendigkeit, das Recht zu ändern. Die Franzosen sind Meister bei der Steuerung ihres scheinbar starren Systems in subtiler unsichtbarer Art. Richter und Rechtsgelehrte haben kein Interesse daran, ihre allzu weitreichende Macht offenzulegen; damit können sie hinter den Kulissen agieren, ohne vom Auge der Politik erfasst zu werden. Darin ist das Erbe einer Entwicklung in einem starren System zu sehen: Lücken müssen festgestellt und an den starren Grenzen muss immer wieder gerüttelt werden, um größere Flexibilität zu erreichen. Sei geschickt, lass' dich nicht erwischen, insbesondere wenn du versuchst, auf eine Grundfrage des Schadenersatzrechts eine wirksame Antwort zu geben!

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Allgemeines

1/20 Der Ausdruck Schadenersatzrecht hat kein französisches Äquivalent. Für die französische Rechtswissenschaft erscheint es ganz ungewöhnlich, die Dinge so zu betrachten, wie sie in diesem Abschnitt behandelt werden. Das bedeutet nicht, dass das französische Recht nichts zum Ersatz eines Schadens zu sagen hätte. So lautet etwa der Titel eines bekannten Werkes »Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation«[23], und es überrascht nicht, dass dabei die Grenzen vom Deliktsrecht zum Versicherungsrecht und zu anderen Disziplinen überschritten werden, allerdings mit Schwerpunkt auf Körperverletzung. Neuere Entwicklungen zeigen, dass in Frankreich auch die Möglichkeit erwogen wird, Kompensation in die Richtung der Herausgabe von unerlaubt erzielten Vorteilen zu erweitern, indem man vorschlägt, Strafschadenersatz als berechtigt anzuerkennen. Freilich sollten Entwicklungsansätze in Richtung Gewinnherausgabe[24] oder Bestrafung[25] nicht zu sehr vom Hauptthema ablenken. Im französischen Recht hat Schadenersatz weiterhin eine primär kompensatorische Funktion.

1/21 Die folgenden Bemerkungen behandeln Schadenersatz in Beziehung zu anderen Rechtsbehelfen, die bei unerlaubter Beeinträchtigung von Rechten und rechtlichen Interessen in Frage kommen. Sie versuchen, den von *Koziol* vorgeschlagenen Weg zu gehen, der uns von der Situation, in der Kompensation (im weiteren Sinn, denn er behandelt auch Bereicherungsansprüche) mit geringen Voraussetzungen angebracht erscheint, zu jenen Fällen führt, in denen Kompensation nur unter strengeren Voraussetzungen erlangt werden kann.

---

23 *Y. Lambert-Faivre/S. Porchy-Simon,* Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation^{7} (2012).

24 *F. Terré* (Hrsg), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile (2011) 199–201, wo der Entwurf von Art 54 erörtert wird; Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22. September 2005, Entwurf für Art 1371.

25 Siehe die problematische Anerkennung ausländischer Urteile, in denen Strafschadenersatz zugesprochen wird, seitens französischer Gerichte.

II. Herausgabeansprüche

Wie in anderen Rechtssystemen erlaubt der von *Koziol* behandelte Herausgabeanspruch[26] dem Kläger, Sachen oder Geld herauszuverlangen, zu deren Behalten der Kläger kein Recht hat. Im französischen Recht betrifft dies die Rückgabe einer nicht geschuldeten Zahlung (répétition de l'indu)[27] und die grundlose Bereicherung (enrichissement sans cause). Beide Ansprüche werden traditionell als »Quasikontrakte« und damit als Teil des Obligationenrechts verstanden[28]. Die meisten Herausgabeansprüche überschneiden sich mit dem Sachenrecht (droit des biens), nämlich in jenen Fällen, in denen jemandem Sachen, die in seinem Eigentum stehen, oder deren Früchte unrechtmäßig entzogen worden sind (revendication). Wenn solche Sachen beschädigt oder zerstört worden sind, wird anstelle der Herausgabe Ersatz in Geld geleistet. **1/22**

III. Unterlassungsansprüche

Artikel 808 der französischen Zivilprozessordnung lautet: »In dringenden Fällen kann der Präsident des Tribunal de grande instance im Zuge des *référé-Verfahrens* jede Maßnahme anordnen, die keinen schwerwiegenden Widerspruch hervorruft oder die durch das Bestehen eines Streits gerechtfertigt erscheint.« **1/23**

Artikel 809 sieht auch vor: »Der Präsident kann immer, selbst im Fall eines schwerwiegenden Widerspruchs, im Zuge des *référé-Verfahrens* Maßnahmen zum Schutz oder zur Wiederherstellung anordnen, entweder um drohenden Schaden zu verhindern, oder um eine offensichtlich rechtswidrige Störung abzustellen. In Fällen, in denen das Bestehen einer Verpflichtung nicht ernsthaft bestritten werden kann, kann er eine vorläufige Zahlung an den Gläubiger anordnen oder die Erbringung der Leistung verfügen, selbst wenn es sich um die Verpflichtung zu einem Tun handelt«. **1/24**

Diese Bestimmungen finden oft im Medienrecht Anwendung, um Beleidigungen, Eingriffe in die Privatsphäre oder Verletzungen der Rechte am eigenen Bild zu verhindern[29]. Diese Rechte werden durch Art 9 Code civil geschützt, der auch Unterlassungsansprüche vorsieht: »Jedermann hat Anspruch auf Achtung seiner Privatsphäre. Richter können, unbeschadet einer Wiedergutmachung des erlittenen **1/25**

---

26 Basic Questions I Rz 2/6.

27 Art 1376 Code civil.

28 *M. Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² (2010) 1–3, 433.

29 *K. Anterion/O. Moréteau,* The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in France, in: H. Koziol/A. Warzilek (Hrsg), The Protection of Personality Rights against Invasion by Mass Media (2005) Rz 34 f.

Schadens, sämtliche Maßnahmen wie Zwangsverwaltung, Beschlagnahme etc anordnen, die geeignet sind, einen Eingriff in die Privatsphäre zu verhindern oder zu beenden. Solche Maßnahmen können, wenn Eile geboten ist, im *référé-Verfahren* verfügt werden«.

1/26 Das bedeutet nicht, dass einstweilige Verfügungen ausschließlich zwecks Verhinderung vorwiegend immaterieller Schäden erlassen werden. Sie können auch in anderen Deliktsfällen gewährt werden. So finden sie zB häufig in Fällen von Immissionen Anwendung, einem Delikt, das eine Mischung von Vermögensschaden und immateriellem Schaden bewirkt[30]. Allerdings beziehen sich nur wenige Gelehrte auf Prävention und Unterlassungsansprüche, wenn sie Schadenersatzrecht erörtern, was auch verständlich ist, da diese Verfahrensmaßnahmen nicht Teil des Schadenersatzrechts sind[31].

IV. Notwehrrechte

1/27 Notwehr wird im französischen Recht als »légitime défense« bezeichnet[32]. Sie wird in der schadenersatzrechtlichen Literatur kaum erörtert, da sie typischerweise im Strafrecht in Erscheinung tritt. Verbrechensopfer haben die Möglichkeit, ihren Ersatzanspruch als Zivilklage im Strafprozess einzubringen (»action civile«, im Unterschied zur »action publique«, der Anklage, die vom Staatsanwalt vertreten wird). Die Notwehr wird üblicherweise im Rahmen des Strafverfahrens erörtert.

1/28 Notwehr wird im Strafgesetzbuch definiert[33]. Sie gilt nicht mehr als Rechtfertigungsgrund (fait justificatif), sondern als Ausschließungsgrund der Zurechnung (cause d’irresponsabilité), durch den jegliche strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung unterbunden wird, gleichgültig, ob es sich um Verschuldenshaftung handelt[34] oder um Haftung für eine Sache[35]. Ähnlich wie im österreichischen Recht[36], muss die Abwehr verhältnismäßig sein[37], wodurch sie gerechtfertigt erscheint (légitime défense).

30 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 43.
31 Siehe jedoch *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 42 ff.
32 *G. Viney/P. Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ (2006) Rz 563.
33 Art L122-5 bis L122-7 Code pénal.
34 Cour de cassation, Chambre criminelle (Cass Crim) 13. Dezember 1989, Bull Crim Nr 478.
35 Cass Civ 2, 10. Juni 1970, D 1970, 691. Siehe *P. le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ (2012) Rz 1978 ff.
36 Basic Questions I Rz 2/13.
37 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1980.

V. Beseitigungsansprüche

Solche einstweilige Verfügungen erscheinen sinnvoll, wenn ein rechtswidriger Eingriff in die Rechte des Klägers bereits erfolgt ist. Sie haben auch die Wirkung, solche Eingriffe oder eine wiederholte Schadenszufügung pro futuro zu verhindern. **1/29**

Dies darf nicht mit Naturalrestitution verwechselt werden, die sich auf die Vergangenheit bezieht. Fälle, in denen Gerichte Naturalrestitution anordnen, kommen selten vor. Doch Naturalersatz ist in der Gerichtspraxis nicht ungewöhnlich: zahlreiche Schädiger bieten dem Opfer Erste Hilfe und Unterstützung, oder machen sich erbötig, beschädigte Sachen selbst zu reparieren, und vermeiden damit gelegentlich die Folgen eines Prozesses. Allerdings klagen Geschädigte typischerweise auf Ersatz in Geld, wenn etwas nicht repariert worden ist oder nicht repariert werden kann. **1/30**

Es ist rechtlich anerkannt, dass Richter wählen können, ob sie Schadenersatz zusprechen oder eine einstweilige Verfügung erlassen wollen, die ein Handeln oder Unterlassen vorschreibt[38]. Allerdings bietet das französische Prozessrecht kein wirksames Mittel zur Durchsetzung solcher Verfügungen, weshalb Richter dazu neigen, die Zuerkennung von Schadenersatz als Abschreckung zu verwenden, oder in Form einer »astreinte« (einer nach Tagsätzen bemessenen Geldstrafe, die für jeden Tag bezahlt werden muss, den sich der Beklagte mit der Befriedigung des Klägers in Verzug befindet), obgleich die letztgenannte Maßnahme häufiger im Zusammenhang mit der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen anzutreffen ist. **1/31**

Beseitigungsansprüche werden eher in der Form vorläufiger Maßnahmen geltend gemacht, in einem Verfahren, das jenem für Unterlassungsansprüche sehr ähnlich ist. Es wird in der Zivilprozessordnung geregelt[39], die für Beseitigungsansprüche Rechtsbehelfe in einem summarischen Verfahren (référé) bereitstellt, selbst wenn es sich um einen schwerwiegenden Rechtsstreit handelt. Betroffen sind Fälle, in denen es um die Beseitigung der Quelle einer rechtswidrigen Beeinträchtigung geht, zB Giftmüll[40], oder eine Filmszene, die geschützte Persönlichkeitsrechte verletzt[41]. Häufig wird gegen einstweilige Verfügungen nicht berufen, **1/32**

38 *G. Viney/P. Jourdain,* Les effets de la responsabilité² (2001) Rz 39, wo eine Reihe von Fällen angeführt wird.

39 Art 808 und 809 wie oben angeführt.

40 Cass Civ 3, 17. Dezember 2008, D 2009, 701, Anmerkung *M. Boutonnet,* kommentiert von *O. Moréteau,* France, in: H. Koziol/B. C. Steininger, European Tort Law 2009 (2010) 198, Rz 35–42 (Ölkatastrophe, die durch den Untergang des Tankers Erika verursacht wurde).

41 Wie etwa im Film *Le pull-over rouge,* Cours d'appel (CA) Paris, 9. November 1979, D 1981, 109. Zahlreiche weitere Beispiele gibt *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1620.

und der Kläger tritt vom Hauptanspruch zurück, da er zumindest teilweise (und manchmal volle) Befriedigung erhalten hat.

1/33 Obwohl das französische Deliktsrecht keine Rangordnung geschützter Interessen aufstellt, hat es den Anschein, dass intensiv geschützte Rechte eher durch einstweilige Verfügungen geschützt werden als weniger wichtige Rechte. Da Eigentum ein intensiv geschütztes Recht ist[42], berechtigt jede Immission vom Nachbargrundstück den Eigentümer, die Unterlassung der Beeinträchtigung zu verlangen, ohne Rücksicht auf die Kosten, entweder im *référé-Verfahren* oder mittels Besitzklage[43]. Besitzklagen stehen einem großen Kreis von Klägern zur Verfügung (es genügt der Beweis des Besitzes, ein Eigentumsnachweis ist nicht erforderlich), doch das französische Recht vertritt seit unvordenklichen Zeiten die Auffassung, dass ein anwesender Besitzer die Sache besser verteidigt als ein abwesender Eigentümer, und dass letztlich der Schutz des Besitzers dem Eigentümer zugutekommt. Deshalb sind Besitzklagen auch Mietern zugänglich gemacht worden, obwohl theoretisch nach französischem Recht der Mieter nicht Besitzer ist, denn er hat nur *corpus* (tatsächliche Herrschaft), aber keinen *animus* (Eigentumswillen)[44].

1/34 Dasselbe kann bezüglich des Schutzes von Ehre und Privatsphäre gesagt werden, womit die Entfernung einer Szene aus einer Fernsehaufzeichnung oder einem Film gerechtfertigt wird[45].

1/35 In solchen Fällen werden die Gerichte nicht prüfen, ob alle Voraussetzungen vorliegen, die für eine Schadenersatzklage erforderlich sind, da sie unmittelbar entweder Eigentumsrechte oder Persönlichkeitsrechte schützen: Es genügt der Beweis der Verletzung eines solchen Rechts. Sie könnten dies jedoch im Fall eines Bewohners (Eigentümer oder Mieter) tun, der sich über die Beeinträchtigung beklagt, die durch Lagerung von Giftmüll auf dem Nachbargrundstück verursacht wird: In einem solchen Fall handelt es sich nicht um den Schutz eines Eigentumsrechts, sondern es liegt eine typische nachbarschaftsrechtliche Beeinträchtigung (trouble de voisinage) vor, und es müssen die Voraussetzungen einer Deliktsklage erfüllt werden[46].

42 In Art 544 Code civil als »absolut« bezeichnet.

43 Art 2278 und 2279 Code civil sowie Art 1264 bis 1267 Zivilprozessordnung.

44 Art 2278 Code civil; *P. Malaurie/L Aynès,* Droit Civil. Les Biens (2005) Rz 504; *J. Djoudi,* Action Possessoire, in: Répertoire de droit civil (2013) Rz 16.

45 Art 9 Code civil wie oben angeführt. Siehe auch *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1620.

46 Cass Civ 2, 20. Oktober 1976, Bull Civ II, Nr 280: Das Gericht ordnete die Renovierung eines ordnungsgemäß bewilligten Schweinestalls an, der mit einer veralteten und mangelhaften Einrichtung Gestank und Absonderungen verursachte. Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 7180.

VI. Eingriffskondiktionen

Jemand, der Vorteil aus einer Sache zieht, die rechtlich einem anderen zugeordnet ist, muss eine solche Bereicherung an den Eigentümer der Sache herausgeben. Wenn ich zB Möbel eines Dritten in Verwahrung nehme, darf ich diese ohne entsprechende Vereinbarung nicht vermieten, und Geld, das ich aus unerlaubter Vermietung einnähme, stünde dem Eigentümer der Möbel zu. Das französische Recht könnte natürlich anerkennen, dass die Herausgabe eines solchen unerlaubten Vorteils auf der Grundlage der Lehre von der grundlosen Bereicherung angeordnet werden kann. Diese Lehre beruht nicht auf einem Artikel des Code civil, sondern wurde in Analogie zur Klage wegen Zahlung einer Nichtschuld entwickelt[47] und auf die römischrechtliche *actio de in rem verso* gegründet[48]. Obwohl der Rechtsbehelf im Prinzip auf die Judikatur zur grundlosen Bereicherung gestützt werden könnte, beruht er stärker auf sachenrechtlichen Erwägungen. Er wird als natürliche Folge der traditionellen Eigentumsdefinition angesehen, wonach der Eigentümer zu *usus, fructus* und *abusus* berechtigt ist; dementsprechend fallen natürliche oder auch Zivilfrüchte einer Sache an den Eigentümer. Es gibt allerdings Situationen, in denen ein gutgläubiger Besitzer einer Sache die Früchte behalten darf, obwohl er verpflichtet ist, die Sache an ihren Eigentümer herauszugeben[49]. 1/36

Solche Ansprüche sind klar von Schadenersatzansprüchen unterscheidbar, die zusätzlich geltend gemacht werden können, zB wenn der Besitzer bösgläubig war oder treuwidrig gehandelt hat. Dies kommt in die Nähe der Herausgabeansprüche, die am Anfang dieses Teils beschrieben worden sind. Es kommt nicht darauf an, einen Schaden zu bewerten, der irgendwie schuldhaft verursacht worden ist, sondern sicherzustellen, dass der Kläger das vollständig zurückerhält, was ihm gehört, entweder in natura oder wertmäßig, wenn die Sache verloren gegangen oder zerstört worden ist. Wenn ihn Verschulden trifft, kann der Beklagte natürlich auf Ersatz des Schadens haften, der durch die rechtswidrige Sachentziehung verursacht worden ist, doch dies tritt zum Herausgabeanspruch hinzu. 1/37

Das ist ein Bereich im Sachenrecht, in dem das moralische Element in Erscheinung tritt: nur der bösgläubige Besitzer muss die Sache und die während seines Besitzes gezogenen Früchte herausgeben. Der gutgläubige Besitzer darf in der Tat diese Früchte behalten. In der Sprache des Deliktsrechts bedeutet dies, dass der Eigentümer prima facie den Verlust von Einkommen tragen muss, der durch die Entziehung seiner Sache verursacht worden ist, wenn den jeweiligen Besitzer 1/38

47 Art 1235 Code civil.

48 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 446–452.

49 Dies ist zB dann der Fall, wenn eine abwesende und für tot erklärte Person wieder auftaucht und die Herausgabe der bereits verteilten Erbschaft fordert. Gutgläubige Erben werden die nach der Todeserklärung gezogenen Früchte behalten. Siehe Art 130 und 131 Code civil.

kein Verschulden trifft. Das ist eine gerechte Regelung. Nur wer unrechtmäßig, schuldhaft die Sache entzogen und über sie verfügt hat, muss Schadenersatz leisten. Wenn ein solcher Mittelsmann identifiziert werden kann, wird der Eigentümer, der seinen Besitz wiedererlangt hat, gegen ihn eine Schadenersatzklage einbringen können.

1/39 Die romanische Rechtstradition neigt einer *Zuweisungstheorie* zu, doch der Umstand, dass dem Eigentümer etwas entzogen wird, das ihm gehört, kann zugleich als *per se* unrechtmäßig beschrieben werden. Es ist allerdings nicht nötig, Verschulden nachzuweisen, da es sich um eine Bereicherungsklage handelt, die auf die Abschöpfung rechtswidrig erlangten Gewinns gerichtet ist, und keine Schadenersatzklage. Im Fall von Treuwidrigkeit auf Seiten des Bereicherten kann jedoch eine Deliktsklage auf Ersatz des zusätzlichen Schadens zur Verfügung stehen. Das Vorliegen von Betrug oder Bösgläubigkeit kann in der Tat den Charakter eines solchen Falles in der romanischen Rechtsfamilie ebenso verändern wie in der deutschen, wodurch der Fall voll ins Deliktsrecht wandert. Die Zahlung mag den Anschein von Schadenersatz erwecken, doch sie bleibt im Wesentlichen Gewinnabschöpfung.

1/40 Andererseits erweckt die Zerstörung von Maschinen, die meinem Konkurrenten gehören, um dadurch einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen, auf den ersten Blick den Eindruck, es handle sich um eine rein deliktsrechtliche Angelegenheit, obgleich ich als Folge einer solchen rechtswidrigen Handlung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangen kann, ähnlich dem Einbrecher, der Schmuck und Computerausrüstung stehlen will. Kompensation für die Zerstörung von Maschinen und der Eingangstür erfolgt in Form von Schadenersatz. Sie hat nichts mit Bereicherung zu tun, die allerdings auf die gestohlenen Sachen im zweiten Beispiel zutreffen kann. Doch kann das Opfer den unrechtmäßig erlangten Vorteil herausverlangen?

1/41 Wenn man den Rechtsbehelf als Abschöpfung und nicht als Schadenersatz beschreibt, gewährt man dem Geschädigten eine weitaus stärkere Stellung und erhöht den Abschreckungseffekt, etwa wenn der Dieb die aus der Apotheke gestohlenen Drogen weit über dem Marktwert oder dem geregelten Preis weiterverkauft. Der Bereicherungsanspruch erlaubt eine wirkungsvollere Abschöpfung des unerlaubt erzielten Vorteils[50], während Schadenersatz nur den erlittenen Verlust ausgleicht, dh auf den Marktwert oder eine Ersatzleistung bis zur Höhe des Werts der zerstörten Sache beschränkt ist.

1/42 Kann man sagen, der Konkurrent, der die Maschinen des Opfers zerstört, um künstlich ein Monopol zu schaffen, oder der zum selben Zweck den Ruf seines Rivalen ruiniert, müsse nicht auf der Grundlage des Deliktsrechts Schadenersatz leisten, sondern vielmehr den unrechtmäßig erlangten Vorteil als Bereicherung

50 Obwohl das Strafrecht dazwischentreten und rechtswidrig erlangten Gewinn konfiszieren kann.

herausgeben? Das Bereicherungsrecht würde die Abschöpfung des unrechtmäßig erzielten Vorteils erlauben. *Koziol* unterbreitet in der Tat diesen Vorschlag[51], der auf den ersten Blick unlogisch erscheint, jedoch gerecht und sinnvoll ist. Wir haben zwar einen klaren Fall von Sachschaden, bei dem Ersatz für die Zerstörung der Maschine vorgesehen ist (erster Fall), oder eine Rufschädigung, die einer beschränkten Gutmachung unterliegt (zweiter Fall). In beiden Fällen bewirkt Schadenersatz nicht die Herausgabe des unerlaubt erlangten Vorteils, und der Ersatz des Vermögensschadens wird – hauptsächlich auf Grund von Kausalitätsproblemen – beschränkt sein. Bereicherungsrecht erlaubt volle Abschöpfung, und bildet daher unter diesen Umständen einen viel wirksameren Rechtsbehelf, und zwar auch unter dem Aspekt der Prävention.

Koziol bringt Beispiele aus dem Bereich des geistigen Eigentums, in dem nach österreichischem Recht ein Gewinn, der durch Verletzung eines Patents erzielt worden ist, dem Eigentümer des Patents zufällt, während nach deutschem Recht in dieser Situation nur ein Schadenersatzanspruch zusteht[52]. Das französische Recht eröffnet in einem solchen Fall ebenfalls die Möglichkeit der Abschöpfung: Das Urheberrechtsgesetzbuch trägt dem Richter auf, in Fällen von Patentverletzung (contrefaçon – Produktpiraterie)[53] bei der Schadensberechnung die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen zu berücksichtigen, einschließlich entgangener Vorteile und jener Vorteile, die der Beklagte erlangt hat. Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht eindeutig: Es wird der Ausdruck Schadenersatz verwendet (dommages et intérêts), doch im Wesentlichen enthält der Text Bereicherungsterminologie[54]. Das französische Recht spricht hier von Schadenersatz, obwohl es sich de facto um ungerechtfertigte Bereicherung handelt. **1/43**

VII. Gläubigeranfechtung (actio Pauliana)

Wie andere romanische Rechtssysteme hat auch das französische die *actio Pauliana* (action paulienne) übernommen, die den Gläubigern erlaubt, Transaktionen zu annullieren, durch die ein insolventer Schuldner seine Gläubiger benachtei- **1/44**

51 Basic Questions I Rz 2/33 ff.
52 Basic Questions I Rz 2/38 ff.
53 Code de la propriété intellectuelle, Art L615-7: Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte.
54 Er gibt dem Kläger auch die Wahl, einen Pauschalbetrag zu fordern, der nicht geringer sein darf als die Tantiemen, die zu zahlen gewesen wären, wenn der Beklagte eine Lizenz zur Nutzung des verletzten Rechts begehrt hätte (Art L615-7 Abs 2).

ligt[55]. Das ist keine Schadenersatzklage, aber sie verhindert den Schaden, den die Gläubiger erleiden würden, falls im Verteilungsverfahren geringere Vermögenswerte zur Verfügung stünden. In diesem Sinn wirkt sie sowohl präventiv als auch reparativ, doch im französischen Recht steht sie in Verbindung mit der Theorie des Vermögens, wie es von *Aubry* und *Rau* definiert wird[56]. Ziel ist der Schutz der Vermögensrechte der Gläubiger, besonders bei Fehlen von Sicherheiten, da Gläubiger dann ein Generalpfand an allen Vermögenswerten des Schuldners haben[57]. Zu Recht verknüpft *Koziol* diese Klage mit dem Prinzip unrechtmäßiger Bereicherung. Das Geld soll letztlich dorthin gelangen, wo es hingehört. Das kann als moralische Grundlage französischer Rechtsvorschriften ausgemacht werden, die unbeschadet ihrer Verbindung zur Vermögensdoktrin das Ziel verfolgen, die Konsequenzen benachteiligender Handlungen aufzuheben oder abzumildern.

VIII. Schadenersatzansprüche

1/45 Obwohl man erwarten würde, dass Schadenersatzansprüche am Beginn einer klassischen Darstellung der Materie besprochen werden, kommen sie in *Koziols* Untersuchung erst viel später zur Sprache. Seine Darstellung des Schadenersatzes als kompensatorisch, mit einer zusätzlichen Präventivfunktion, entspricht der konventionellen Analyse im romanischen Rechtskreis, obwohl sein Gedanke, das Ergebnis der Zuerkennung einer Ersatzleistung überwälze den Schaden auf einen anderen, weniger konventionell erscheint[58]. Das französische Schadenersatzrecht bleibt in dieser Hinsicht in der aristotelischen Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit verwurzelt.

IX. »Strafschadenersatz«?

1/46 Wie andere kontinentaleuropäische Rechtssysteme anerkennt auch das französische Recht keinen Strafschadenersatz. Rechtsordnungen des common law verwenden diesen mit der Überlegung, dass kompensatorischer Schadenersatz nicht

55 Art 1167 Code civil.
56 *C. Aubry/C. Rau,* Droit civil français, Band 2, Property, (Louisiana State Law Institute Transl.) (1966). See *N. Kasirer,* Translating Part of France's Legal Heritage: Aubry and Rau on the Patrimoine, 38 Revue générale de droit (Rev gén) 2008, 453.
57 Art 2285 Code civil.
58 Basic Questions I Rz 2/49.

ausreicht, um die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts zu erfüllen. *Koziol* erörtert die Notwendigkeit, im Bereich des geistigen Eigentums, in dem Ersatz und Abschöpfung nicht ausreichen, um Missbrauch solcher Rechte zu verhindern, höhere Schadenersatzbeträge vorzusehen. Statt einer Untersuchung, ob solche Strafelemente im französischen Recht existieren, soll der Hinweis genügen, dass die Frage wieder einmal einen holistischen Ansatz erforderlich macht.

Wenn man die mangelnde Bereitschaft der USA betrachtet, einen Wohlfahrts- **1/47** staat zu entwickeln sowie starke und teure Regulierungsmechanismen zu etablieren, kann Strafschadenersatz sinnvoll sein. Er bezweckt die Überwachung verschiedener Industrien und die Schaffung von Anreizen, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die diese Industrien nicht von sich aus treffen würden, insbesondere wenn ihre Kalkulationen ergeben, dass es kostengünstiger ist, einigen durch mangelhafte Produkte Geschädigten Ersatz zu zahlen, als teurere Vorbeugungsmaßnahmen zu treffen. Die Angst vor unvorhersehbarem Strafschadenersatz erzeugt in der Tat Anreize in dieser Hinsicht.

In stark regulierten europäischen Ländern muss Strafschadenersatz nicht so **1/48** offen propagiert werden, doch pönale Aspekte können da und dort festgestellt werden. Im französischen Recht werden diese als Ersatz für einen fehlenden Mechanismus zur wirksamen Durchsetzung einstweiliger Verfügungen verwendet. Ersatz für immateriellen Schaden, obgleich seiner Natur nach kompensatorisch, entbehrt nicht ganz eines pönalen Elements. Überdies, obgleich das Beispiel nicht aus dem Vertragsrecht kommt, ist es für französische Gerichte üblich, die Durchsetzung einer Leistungsverpflichtung mittels »astreinte« (Zwangsgeld) anzuordnen, dh dass eine Partei (typischerweise ein Bauunternehmer) ein Pönale für jeden Tag zu bezahlen hat, um den ein Bauprojekt in Verzug geraten ist.

Strafschadenersatz ergänzt die Lücken oder behebt die Mängel anderer recht- **1/49** licher Mechanismen, die auf Schadensprävention zielen, wie etwa Strafrecht, Sicherheitsvorschriften oder manchmal Durchsetzungsmechanismen. Wenn man ihn, wie *Gerhard Wagner* vorschlägt, in »Präventionsschadenersatz« umbenennt[59], so kann dies helfen, seine Abschreckungs- und Präventionsfunktion zu betonen, doch dies beseitigt nicht seinen Strafcharakter, der ihn zu einer Privatstrafe macht. Andererseits, wenn der Zweck in einer Gewinnabschöpfung erblickt wird, sind die Rechtsbehelfe des Bereicherungsrechts besser geeignet, und man sollte eher den Ausdruck Herausgabe der Bereicherung verwenden.

59 Basic Questions I Rz 2/63, FN 197.

X. Versicherungsvertragsrecht

1/50 Allgemein betrachtet erscheint Versicherung als geplante Risikoverteilung[60]. Franzosen sind insgesamt der Meinung, dass die Entwicklung einer allgemeinen Sozialversicherung, einer Versicherungspflicht, verbunden mit einer Vermehrung von Leistungsfonds, den besten Weg bietet, Menschen gegen die harten Folgen schädigender Ereignisse abzusichern, gleichgültig, ob diese durch rechtswidriges Verhalten verursacht worden sind oder nicht. Man kann sagen, dass die Vergemeinschaftung von Risiken eine feste und beständige politische Entscheidung darstellt, die in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem Teil des Gesellschaftsvertrags wurde. Solidarität, ein Wort, dem damals Verfassungsrang verliehen wurde[61], genießt höheren Rang als Individualismus. Alles in allem dürften Franzosen eher bereit sein, auf die individuelle Möglichkeit vollen Schadenersatzes zu verzichten, als auf den Gedanken, dass gegen Risiken Vorsorge getroffen werden soll, selbst wenn dies auf geringere Ersatzleistungen hinausläuft, zumal sie wissen, dass ihre Gerichte bei der Bemessung von Schadenersatz nie sehr großzügig gewesen sind.

1/51 Während nicht bestritten werden kann, dass Haftpflichtversicherung »die Präventivfunktion des Schadenersatzrechts zumindest stark herabsetzt, möglicherweise sogar beseitigt«[62], stimmen französische Juristen zu, dass die Präventivfunktion von Ersatzleistungsmechanismen getrennt werden kann. Bei seiner Empfehlung eines Systems strikter Haftung für Schadenersatzleistung an die Opfer von Verkehrsunfällen hat *André Tunc* darauf bestanden, das Ziel des Schadenersatzrechts im Ausgleich und nicht in der Abschreckung zu erblicken[63]. Abschreckung sollte dem Strafrecht oder anderen Maßnahmen des Versicherungsrechts überlassen werden. Die französische Erfahrung zeigt, dass strenge Durchsetzung der Straßenverkehrsordnung mit Hilfe des Strafrechts und Anreize in der Kalkulation von Versicherungsprämien einen ausreichenden Ersatz bieten.

1/52 Anzuerkennen, dass andere Teile der Rechtsordnung einen Beitrag zur Abschreckung leisten, bedeutet nicht, Abschreckung als eine der Funktionen des Schadenersatzrechts in Frage zu stellen. Doch diese Abschreckungsfunktion verbleibt marginal und entwickelt sich stärker im Zusammenhang mit neuen Delikten, bis sie von der Ausweitung von Versicherungen und der Vergemeinschaftung von Risiken eingeholt wird.

60 Basic Questions I Rz 2/68.

61 Präambel der Verfassung von 1946, zitiert in der Präambel der geltenden Verfassung aus 1958.

62 Basic Questions I Rz 2/70. Vgl auch die ganzheitliche Studie von *Viney,* Introduction à la responsabilité³ Titel I, Kapitel 2, die die heutigen Entwicklungen aufzeigt.

63 *A. Tunc,* La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation (1966). Siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 965.

XI. Sozialversicherungsrecht

Zweck eines Sozialversicherungssystems ist die »Existenzsicherung«[64] durch Ersatz von Heilungskosten und Verdienstentgang, zumindest in einem gewissen Ausmaß. *Koziol* zeigt die Überschneidung mit dem Schadenersatzrecht, doch wie oben bemerkt, ist das Element der Solidarität ein fundamentaler Bestandteil der französischen Praxis[65]. **1/53**

Wenn ein Patient Heilbehandlung als Folge einer Verletzung erhalten soll, die anscheinend durch einen Unfall verursacht worden ist, muss ein Sozialversicherungsformular ausgefüllt werden, das vom Patienten oder seinem Vertreter Auskunft darüber verlangt, ob der Unfall durch einen Dritten verursacht worden ist, und in diesem Fall ist jede relevante Information zur Verfügung zu stellen. Wurden die Verletzungen durch einen Verkehrsunfall verursacht, haben die Sozialversicherungsträger einen Regressanspruch gegen den verantwortlichen Dritten oder seinen Versicherer auf Ersatz der Spitalskosten, der Kosten der Heilbehandlung und des Krankengeldes, das an das Opfer gezahlt worden ist[66]. Ein ganzes Kapitel des Sozialversicherungskodex befasst sich mit Regressansprüchen gegen Dritte; es beschränkt diese auf den Ersatz von Kosten, die für das Opfer aufgewendet wurden, und belässt letzterem das Recht, Ersatz für Schäden zu fordern, welche die Sozialversicherungsleistungen übersteigen[67]. **1/54**

XII. Entschädigung von Verbrechens- und Katastrophenopfern

Verbrechensopfer haben nur beschränkte Aussichten, vom Täter Ersatz zu erlangen. Das französische Prozessrecht erlaubt allerdings dem Opfer, im Strafprozess eine »Zivilklage« einzubringen (plainte avec constitution de partie civile), durch welche die Prozesskosten beträchtlich reduziert werden können: das Opfer kann die Beweise verwenden, die vom Ankläger und der gerichtlich geleiteten Untersuchung gesammelt wurden. Wenn Schadenersatz durch den Täter unmöglich erscheint, weil dieser entweder nicht identifiziert wurde oder mittellos ist, erfolgt eine Ersatzleistung aus einem Entschädigungsfonds. Der Entschädigungsfonds, der ursprünglich für Ersatzleistungen an Opfer unversicherter Kraftfahrzeuglenker **1/55**

64 Basic Questions I Rz 2/74.
65 Oben Rz 1/3 und 11.
66 Art 29, Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985.
67 Art L376-1 Code de la sécurité sociale.

eingerichtet wurde, entschädigt nunmehr Verbrechensopfer, wenn diese nicht anderweitig entschädigt werden können[68].

1/56 Bezüglich Katastrophenopfern teilen die Franzosen nicht die deutsche Sorge, dass Hilfe für Katastrophengeschädigte den Gleichheitsgedanken verletzen könnte. Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg hat die Präambel der französischen Verfassung nationale Solidarität im Fall einer nationalen Katastrophe als vorrangiges Ziel formuliert[69]. Aus französischer Sicht wäre es unrichtig zu behaupten, dass Katastrophenopfer besser entschädigt werden als individuelle Opfer. Das französische Recht will in dieser Hinsicht sicherstellen, dass das Risiko von Katastrophenschäden versicherbar bleibt und den Opfern ebenso den Vorteil nationaler Solidarität bietet wie den Opfern individueller Unfälle. Es zwingt jeden, der eine Kraftfahrzeug- oder Haushaltsversicherung abschließt, zum Erwerb von Deckung für Sachschäden im Gefolge einer Naturkatastrophe, die durch die behördliche Erklärung zur nationalen Katastrophe wirksam wird. Das System verteilt die Hälfte der Kosten durch Rückversicherung, und der Staat fungiert letztlich als Garant, sollte das nationale Rückversicherungssystem versagen. Ein ähnliches System existiert für den Ersatz von Schäden, die durch Technologiekatastrophen verursacht werden[70]. Diese Systeme funktionieren auf dieselbe Weise für alle Opfer, gleichgültig ob die Katastrophe durch deliktische Handlung oder Unterlassung verursacht oder verschlimmert worden ist. Wenn eine Schadenersatzklage zur Verfügung steht, können Geschädigte zusätzlichen Ersatz erlangen, doch sie werden im Hinblick auf Versicherungszwang und Sozialversicherung gleichbehandelt.

1/57 Es ist aus zumindest zwei Gründen unrichtig zu sagen, dass Hilfe für Katastrophenopfer Anreize schafft, in stärker gefährdete Gebiete zu übersiedeln. Erstens kann sich ein breites Feld wirtschaftlicher Tätigkeit nur in risikoreichen Gebieten wie überschwemmungsgefährdeten Ebenen oder Seehäfen, Großstädten usw entwickeln. Zweitens können Anreize geschaffen werden, Menschen zu ermutigen, nicht an gefährdeten Orten zu verbleiben, oder Behörden zu veranlassen, Pläne zur Risikominderung aufzustellen.

1/58 In jeder Hinsicht bleibt das französische System der Vorbeugung und Ersatzleistung an Katastrophenopfer bis heute ein überaus effizientes Modell[71]. Es verteilt – und minimiert damit – Risiken, mit allen erforderlichen Anreizen, und

---

68 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 240.

69 Präambel der Verfassung von 1946, auf die sich die Präambel der geltenden Verfassung aus 1958 bezieht.

70 Dazu ausführlicher *O. Moréteau/M. Cannarsa/F. Lafay,* France, in: M. Faure/T. Hartlief (Hrsg), Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Comparative Legal Approach (2006) 81–118; *Moréteau* in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation between Private and Public Systems 199–218, ebenso veröffentlicht in *D. A. Farber/M. G. Faure* (Hrsg), Disaster Law (2010) Abschnitt 18.

71 Siehe die vorangehende Fußnote.

beruht in erster Linie auf Privatversicherung. Staatliche Regulierung bezweckt lediglich die Versicherbarkeit hoher Risiken und die Beaufsichtigung der Rückversicherung, mit der Garantie, dass letztlich der Staat einspringen wird. Vertreter der law-and-economics-Richtung haben zuletzt akzeptiert, dass nationale Solidarität eine Ausnahme von reinen Marktmechanismen rechtfertigen könnte, sofern die Politik darauf abzielt, hohe Risiken versicherbar zu halten[72]. Das bedeutet nicht, dass dieses System Katastrophen weit größeren Ausmaßes überstehen könnte: Es erscheint zu früh, die Folgen des Klimawandels vorherzusagen, doch die Zunahme an gewaltigen Stürmen und Überschwemmungen, zusammen mit einerseits steigendem Meeresspiegel und andererseits Wassermangel lassen bedrohliche Szenarien aufziehen. Kein Staat hat bisher in dieser Hinsicht ein nachhaltiges Modell erfunden, und Ersatzleistungen werden wahrscheinlich in dem Maß geringer ausfallen, in dem die Intensität von Katastrophen zunimmt[73].

XIII. Abschöpfungsansprüche

Es gibt Situationen, in denen unrechtmäßiger Gewinn abgeschöpft werden soll, **1/59**
dies jedoch sinnvollerweise nicht zum Vorteil entreicherter Parteien geschehen soll, wie in den traditionellen Fällen unrechtmäßiger Bereicherung. So etwa, wenn das Hauptopfer der rechtswidrigen Tätigkeit die Umwelt ist oder Millionen von Konsumenten, deren Schaden wie im Fall wettbewerbsschädigenden Verhaltens jeweils pro Person nur einen kleinen Betrag ausmacht. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass hier die Abschöpfung einer Wohlfahrtseinrichtung oder gemeinnützigen Organisation zugutekommen soll. Das französische Recht begünstigt Zivilklagen von gemeinnützigen Organisationen im Strafprozess, sofern sie beweisen können, dass die rechtswidrige Tätigkeit die von ihnen unterstützten Interessen geschädigt hat[74]. Dies ist im Wettbewerbsrecht der Fall, das überwiegend von der Europäischen Union entwickelt wird.

72 *R. van den Bergh/M. Faure,* Compulsory Insurance of Loss to Property Caused by National Disasters: Competition or Solidarity? 29 World Competition Law and Economic Review 2006, 25–54, 51.

73 Für eine allgemeine Erörterung siehe *J. Spier,* Shaping the Law for Global Crises (2012).

74 *P. Albertini,* Rapport sur l'exercice de l'action civile par les associations, Assemblée nationale (1999). Siehe auch Art 31 Zivilprozessordnung.

XIV. Strafrecht

1/60 Der einzige Grund, aus dem das Strafrecht an dieser Stelle erwähnt werden muss, ist sein Abschreckungszweck, entweder als Spezialprävention (zur Verhinderung weiterer Straftaten durch denselben Täter) oder als Generalprävention (zur Stärkung des Wohlverhaltens der Allgemeinheit). Allerdings wurde oben gezeigt, dass es Überschneidungen von Schadenersatzrecht und Strafrecht gibt, zumindest im Gerichtssaal (plainte avec constitution de partie civile – Anspruch des Privatbeteiligten).

XV. Schlussbemerkungen

1/61 Auf einen französischen Gelehrten, der in der Kunst unterwiesen worden ist, schriftliche Arbeiten in zwei Teile zu gliedern, von denen jeder wieder zwei Abschnitte enthält (siehe das Ideal französischer Gartenarchitektur), macht diese Studie den Eindruck einer ungeordneten Bestandsaufnahme, »un inventaire à la Prévert«. Allerdings wäre ein französischer Schadenersatzrechtler nicht durch die Beobachtung schockiert, dass so viele verschiedene Vorschriften und Instrumente einander überschneiden und einander beeinflussen. Sogar die Bedeutung eines öffentlichrechtlichen Elements erscheint nicht überraschend, ob man nun öffentliches Recht nach deutschen Kriterien definiert (einschließlich Strafrecht und Sozialrecht) oder nach französischen (wonach Strafrecht und Sozialrecht zum Privatrecht gehören). Im französischen Recht ist man gewöhnt, dass unter der Führung des Conseil d'État im Verwaltungsrecht ein autonomer Regelungsbereich für Delikte entwickelt wird, die durch den Betrieb öffentlicher Einrichtungen begangen werden.

1/62 Die Schlussfolgerung, es sei »stärker zu beachten, dass die Voraussetzungen mit den Rechtsfolgen abzustimmen sind, vor allem, dass die Voraussetzungen umso strenger sein müssen, je schwerwiegender die Rechtsfolgen sind«[75], mag in einer Welt sinnvoll erscheinen, in der die meisten menschlichen und sozialen Beziehungen von traditionellen »Zivilgesetzbuch«- Instrumenten kontrolliert werden. In einer komplexen Gesellschaft, die immer wieder Elemente von Privatrecht und öffentlichem Recht kombiniert und als Schlüsselelement des Gemeinwohls soziale Solidarität fördert, setzen sich pragmatische Ansätze über dogmatische Auffassungen hinweg.

75 Basic Questions I Rz 2/95.

Nichtsdestoweniger scheint es letztlich, dass im französischen Recht strikte Haftung oft mit Versicherung verknüpft ist, wodurch der Schädiger leicht haftbar wird, doch die Folgen durch die Haftpflichtversicherung gemildert werden, während verschuldensabhängige Haftung in Bereichen höherer Risiken weiterentwickelt wird, die nicht versichert werden oder nicht versicherbar sind. Dann kann gesagt werden, dass die Voraussetzungen den Rechtsfolgen entsprechen, obwohl weitere Untersuchungen notwendig sein könnten, um zu überprüfen, ob dies in allen Fällen zutrifft. Und nicht zuletzt erhebt der Autor dieser Zeilen keinen Widerspruch gegen die Notwendigkeit, Schadenersatzansprüche (ob aus Delikt oder aus Vertrag) und Herausgabeansprüche (ob sie auf Abschöpfung unrechtmäßigen Gewinns oder auf Restitution unrechtmäßiger Bereicherung gerichtet sind) zu unterscheiden. Die Ziele des Schadenersatzrechts müssen in der Tat klargestellt werden. **1/63**

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

I. Ausgleichsfunktion

1/64 Alle kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen stimmen wohl darin überein, dass die Aufgabe des Schadenersatzrechts darin besteht, »dem Geschädigten einen *Ausgleich für den bereits erlittenen Schaden* zu verschaffen«[76]. Kein vernünftiger französischer Jurist wird das bestreiten. Selbst dann, wenn das Schadenersatzrecht eine Präventivfunktion erfüllt – wie etwa im Fall des Liegenschaftseigentümers, der Ersatz für den Bau einer Mauer begehrt, die er errichtet hat, um das durch übermäßige Grabungsarbeiten seines höhergelegenen Nachbarn hervorgerufene hohe Risiko eines Erdrutsches zu vermeiden –, spricht das Gericht Schadenersatz zu, um bereits erlittenen Schaden zu beheben: die angemessenen Aufwendungen wurden lediglich wegen der nötigen Abwendung einer unmittelbar drohenden, ernsthaften Gefahr vorgenommen[77]. Ein bloß hypothetischer Schaden soll nicht ausgeglichen werden, obwohl französische Untergerichte gelegentlich unter solchen Umständen vorbeugende Maßnahmen anordnen, und sich damit ohne Berechtigung auf das Vorsorgeprinzip berufen[78]. Jedermann stimmt der Aussage zu: »Der Ausgleichsgedanke drückt deutlich den Zweck des Schadenersatzrechtes aus«[79]. Sie ist in der französischen Schadenersatzliteratur allgegenwärtig.

1/65 Nach französischem Recht steht Ersatz für jede Art von Schaden zu, denn der Code civil macht keinen Unterschied zwischen verschiedenen Schadensarten, die daher auch reinen Vermögensschaden und immateriellen Schaden (dommage moral) einschließen. Ersatz für letzteren wird in der französischen Lehre nicht ohne weiteres anerkannt. In einem Land mit katholischer Kulturtradition wirkt

---

76 Basic Questions I Rz 3/1.

77 Cass Civ 2, 15. Mai 2008, Bull Civ II, Nr 112, RTD Civ 2008, 679, Bemerkungen *P. Jourdain;* JCP 2008, I, 186, Rz 1, Bemerkungen *P. Stoffel-Munck;* D 2008, 2900, Bemerkungen *Ph. Brun/P. Jourdain; O. Moréteau,* France, in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 264, Rz 56–58.

78 In jüngst vergangenen Jahren haben Untergerichte die Entfernungen von Telefonrelaisantennen angeordnet, und auch Schadenersatz als Ausgleich für die Befürchtung eines möglichen Gesundheitsrisikos zugesprochen: CA Versailles, 4. Februar 2009, D 2009, 499, kommentiert von *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2009, 198, Rz 3–11. In neueren Entscheidungen hat das *Tribunal des conflits,* von der Cour de cassation zur Lösung einer reinen Zuständigkeitsfrage angerufen, geurteilt, dass ordentliche Gerichte die Entfernung ordnungsgemäß bewilligter Relaisantennen nicht anordnen können, ohne das Gewaltentrennungsprinzip zu verletzen: Tribunal des conflits (TC) 14. Mai 2012, Bull TC Nr 12–17, kommentiert von *On* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 27–42.

79 Basic Questions I Rz 3/2.

der Gedanke, aus Tränen Geld zu schlagen (battre monnaie avec ses larmes)[80], verstörend. Ersatz immateriellen Schadens wird in der gegenwärtigen Lehre noch immer kritisiert[81]. Früher einmal hat *Georges Ripert* behauptet, es handle sich nicht um Ausgleich, sondern um eine Art von Privatstrafe für den Täter[82]. Trotz andauernder Kritik in der Lehre[83] hat sich in der Cour de cassation seit einem 1833 entschiedenen Leitfall[84] eine ständige Rechtsprechung (jurisprudence constante) entwickelt. Das Gericht hat jüngst entschieden, dass ein Patient, der nicht über das Risiko von Impotenz als möglicher Operationsfolge (Prostataadenomektomie) aufgeklärt worden war, Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens hat[85]. Obwohl es Gerichten nicht gestattet ist, offen auf inoffizielle Tabellen Bezug zu nehmen, sind Datenbanken angelegt worden, die auf einer Studie von Berufungsentscheidungen beruhen, um die Kosten des Verlusts einer Mutter, eines Kindes oder von Geschwistern berechnen zu helfen[86]. Die Zuerkennung einer Kapitalabfindung wird gelegentlich mit einer Strafe verglichen[87].

In einem neueren Fall hat die Chambre commerciale der Cour de cassation **1/66**
das Recht der Erlangung von Ersatz für immateriellen Schaden auf juristische Personen erstreckt[88]. Die Angelegenheit war lange debattiert worden, und die Lösung erhält deutliche Zustimmung in der Lehre[89]. Angeblich ist es möglich, eine juristische Person in ihrem Wesen und nicht in ihrem Vermögen zu schädigen (dans son être et non dans son avoir)[90]. Einer der in der Lehre entwickelten Reformentwürfe

80 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1553.
81 *C. Atias,* Philosophie du droit[2] (2004) Rz 64.
82 *G. Ripert,* La règle morale dans les obligations civiles (1947) Rz 181 und 182.
83 Siehe auch *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 95; *B. Beigner,* L'honneur et le droit (1995) Rz 1605.
84 Cour de cassation, Chambres réunies (Cass Réun) 25. Juni 1833, zitiert in *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1554.
85 Cass Civ 1, 3. Juni 2010, Nr 09-13591, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Bull) I Nr 128, Recueil Dalloz (D) 2010, 1522 Anmerkung *P. Sargos;* Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ) 2010, 571, Bemerkungen *P. Jourdain; Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010, 175, Rz 4–10.
86 Siehe dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1555.
87 *Derselbe*.
88 Cour de cassation, Chambre commerciale (Cass Com) 15. Mai 2012, Nr 11-10278, Bull IV Nr 101, D 2012, 2285, Anmerkung *B. Dondero;* JCP 2012, Rz 1224, Bemerkungen *C. Bloch; Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 43–47. Ein Paar, das Jahrzehnte lang im Pizzageschäft tätig war, verkaufte seine Anteile an der Gesellschaft an einen anderen. Unter Verletzung einer im Vertrag enthaltenen Konkurrenzklausel eröffneten die Verkäufer einen Pizzavertrieb im selben Bezirk. Die Käufer klagten auf Schadenersatz und verlangten Ausgleich sowohl für Vermögensschaden als auch immateriellen Schaden. Die Entscheidung der *Cour d'appel,* wonach eine Kapitalgesellschaft keinen immateriellen Schaden erleiden konnte, wurde aufgehoben, wobei die *Cour de cassation* entschied, dass eine juristische Person immateriellen Schaden erleiden könne, allerdings eine Begründung oder weitere Hinweise schuldig blieb.
89 *P. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck,* Les obligations[5] (2011) Rz 248.
90 *P. Stoffel-Munck,* Le préjudice moral des personnes morales, Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau (2008) 959, 967.

für das Obligationenrecht folgt dieser irrigen Tendenz[91]. *Planiol* und *Ripert* bieten starke Unterstützung für die gegenteilige Auffassung: sie stellen klugerweise fest, dass eine juristische Person nicht leiden und deshalb nicht Opfer eines immateriellen Schadens sein kann[92]. Wenn Gerichte in solchen Fällen Ersatz zusprechen, dann wollen sie entweder einen materiellen Schaden (konkret einen Vermögensschaden) ersetzen, den sie nicht berechnen können, oder sie wollen eine nichtstrafrechtliche Strafe auferlegen, getarnt unter der Bezeichnung Ersatz für immateriellen Schaden[93].

1/67 Obwohl die daraufhin durchgesehene Literatur keine Beziehung zwischen dem Ersatz immateriellen Schadens und der Schwere des Verschuldens herstellt, scheint die Straftheorie einen solchen Zusammenhang nahezulegen. Das widerspricht nicht der Auffassung der Rechtsprechung, dass die Schadensberechnung ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens zu erfolgen hat[94], wenn man zugibt, dass immaterieller Schaden in jenen Fällen größer ist, in denen der Täter vorsätzlich gehandelt hat.

II. Präventiv- und Rechtsfortsetzungsfunktion

1/68 Die Abschreckungs- oder Präventivfunktion zivilrechtlicher Haftung wird in der Literatur zum französischen Schadenersatzrecht anerkannt[95]. Wie *Koziol* formuliert: »Die Androhung einer Ersatzpflicht für den Fall der Schadensverursachung bietet ohne Zweifel generell einen *Anreiz, Schädigungen zu vermeiden«*[96]. Französische Autoren stimmen darin überein, dass die Präventivfunktion gegenüber der Ausgleichsfunktion zweitrangig ist[97], und sie folgen nicht den Lehren der law-and-economics-Schule in dieser Frage: Strafe anstelle von Ausgleich sei eher geeignet, eine wirksame Abschreckungsfunktion auszuüben. Die Studie von *Muriel Fabre-Magnan,* die den *law-and-economics-Ansatz* erörtert und kritisiert, und ihre Schlussfolgerung, dass Zahlen nicht alles erklären können, und die Wirklichkeit sich nicht auf mathematische Formeln reduzieren lässt, spiegelt gut französischen Skeptizismus wider[98]: das Glaubensbekenntnis der law-and-economics-Schule,

---

91 *Terré* (Hrsg), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile Art 68 und Erörterung 223 f.

92 *M. Planiol/G. Ripert,* Traité pratique de droit civil français, Band VI von *P. Esmein,* Obligations, Teil I² (1952) Rz 552.

93 *Derselbe*.

94 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 2572.

95 *Viney,* Introduction à la responsabilité³ Rz 40.

96 Basic Questions I Rz 3/4.

97 *Tunc,* La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation (1966). *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 965.

98 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 44–47.

wonach menschliche Tätigkeit durch die Idee der Vermögensmaximierung angetrieben wird, ist eine unzulässige Vereinfachung und kann nicht alles erklären. Es wird von den meisten Gelehrten ignoriert oder abgelehnt[99].

Die Tatsache, dass die weitverbreitete Erhältlichkeit von Haftpflichtversicherung die Präventivfunktion herabsetzt, kann nicht bestritten werden, doch wie *Koziol* bemerkt, kann diese Misslichkeit leicht durch vernünftige Verwendung eines Bonus/Malus-Systems[100] gemildert werden, wie es in Frankreich bei der Kraftfahrzeugversicherung vorgeschrieben ist[101]. **1/69**

Der Rechtsfortsetzungsgedanke betrachtet das verletzte Recht als in einem Schadenersatzanspruch fortbestehend, dh dem Opfer einer Sachbeschädigung ist zumindest der objektive Marktwert zu ersetzen, auch wenn das Opfer subjektiv zur Zeit des Schadenseintritts keinen Gebrauch von der Sache macht[102]. Es ist unbestreitbar, dass dies zur Präventivfunktion beiträgt[103]. **1/70**

III. Sanktionsfunktion

Die Straffunktion, die traditionell im römischen und im vorrevolutionären französischen Recht von Bedeutung war, und irgendwie im Zusammenhang mit der Verschuldenshaftung überlebt hat, hat heute mit der Entwicklung strikter Haftung und der Vergemeinschaftung von Risiken an Gewicht verloren. Reste sind sichtbar, wo internationale Instrumente die an das Opfer zu zahlende Entschädigung begrenzen oder eine Partei von jeder Haftung befreien, sofern nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt[104]. Man sieht sie auch noch immer im Zusammenhang mit der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen, wo die im Leistungsverzug befindliche schlechtgläubige Partei verpflichtet ist, nicht nur den vorhersehbaren Schaden zu ersetzen, sondern auch den unvorhersehbaren, was **1/71**

---

99 Es existiert kein Eintrag zu diesem Thema in *G. Viney,* Introduction à la responsabilité[3] (2008).

100 Basic Questions I Rz 3/7.

101 Art A121-1 Code des assurances; siehe auch *Viney,* Introduction à la responsabilité[3] Rz 64 mit kritischem Kommentar zur französischen Umsetzung.

102 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 2524–2533.

103 Basic Questions I Rz 3/8.

104 Siehe im Zusammenhang mit Ölverschmutzung (dem Untergang des Supertankers Erika) Cass Crim, 25. September 2012, Nr 10-82938, Bull Crim Nr 198, D 2012, 2711, Anmerkung *P. Delebecque;* RTD Civ 2013, 119, Bemerkungen *P. Jourdain.* Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 48–55. Die International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (Art III(4)(c)) legt die Haftung dem Transporteur auf, und nicht dem Eigentümer der Ladung. Als Befrachter ist die Ölfirma nicht haftbar, »sofern der Schaden nicht aus ihrer persönlichen Handlung oder Unterlassung entstanden ist, die mit dem Vorsatz erfolgt ist, solchen Schaden zu verursachen, oder mit grober Fahrlässigkeit in Kenntnis, dass ein solcher Schaden wahrscheinlich eintreten werde«.

allerdings nicht bedeutet, dass der Ersatzbetrag vom nachgewiesenen Schaden abgekoppelt wird[105].

105 Art 1150 Code civil.

Teil 4 Die Stellung des Schadenersatzrechts im Gefüge des Obligationenrechts

In der Frage, ob Haftung für Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung als Vertragshaftung und gesondert von der Deliktshaftung behandelt werden soll, ist die französische Lehre gespalten[106]. Der Code civil behandelt sie gesondert[107]. Der Entwurf *Catala* zur Reform des Obligationenrechts vereinheitlicht beide Systeme und behandelt sie als Einheit[108]. Andererseits wird in den Entwürfen *Terrés* zur Reform von Vertrags- und Deliktsobligationen die bestehende Architektur des Code civil beibehalten und beide Bereiche werden gesondert behandelt[109]. Während die beiden Bereiche bezüglich des Ersatzes positiven Schadens (damnum emergens) konvergieren, zieht Vertragshaftung auch Ersatz des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) nach sich, wodurch sie sich von Deliktshaftung stark unterscheidet. Obgleich logisch getrennt, weisen die beiden Bereiche zahlreiche Überschneidungen auf, und bieten daher ein verlockendes Feld für vergleichende Studien[110]. **1/72**

I. Delikt, Vertragsverletzung und Zwischenbereich

In einer früheren Abhandlung habe ich mich dem Thema metaphorisch genähert und habe Vertrag, Delikt und Bereicherung mit Himmelskörpern verglichen. Ich habe geschrieben:[111] **1/73**

> Im französischen Recht ist der Vertrag ein großer Stern mit sehr starker Anziehungskraft. Der französische Vertrag erzeugt ohne Schwierigkeit

106 Für eine Übersicht mit vollen Nachweisen siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 805. Der Autor befürwortet eine einheitliche Sichtweise.

107 Vertragshaftung: Art 1146–1155; Deliktshaftung Art 1382–1386.

108 Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22. September 2005 – im Folgenden zitiert: Entwurf Catala. Siehe die Kommentierung durch *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2005, 270, Rz 1–11. Siehe Entwurf Art 1340.

109 *Terré* (Hrsg), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile – im Folgenden als »Entwurf Terré« zitiert, kommentiert von *O. Moréteau,* A New Draft Proposal to Reform French Tort Law, under the Supervision of Professor François Terré, in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2011, 216, Rz 1 f.

110 *O. Moréteau,* Revisiting the Grey Zone between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations, in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 60 ff.

111 *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 Rz 12.

Rechte zugunsten Dritter. Das französische Recht hat eine Vorstellung von einer Vertragskette entwickelt, die ein direktes Vorgehen seitens einer Partei am Ende der Kette gegen die Partei am Anfang der Kette zulässt. Wenn zB verkaufte Waren mangelhaft sind, kann der Letzterwerber den Erzeuger klagen, obwohl er die Sachen von einem Einzelhändler erhalten hat, der sie von einem Großhändler gekauft hat, der sie seinerseits vom Erzeuger erworben hatte. Überdies enthalten zahlreiche Verträge angeblich eine stillschweigende vertragliche *obligation de sécurité,* der zufolge Frächter, Ärzte oder Warenlieferanten die Opfer von Personenschäden und Folgeschäden entschädigen müssen.

1/74 Zur Analyse vertraglicher Verpflichtungen nach französischem Recht habe ich weiter ausgeführt[112]:

Das französische Recht unterscheidet zwei Typen vertraglicher Verpflichtungen. Die *obligation de résultat* ist eine typische vertragliche Verpflichtung, bei der eine Partei eine Leistung erbringen und das versprochene Ergebnis bewirken muss. Die Pflicht des Verkäufers, die Waren zu liefern, fällt in diese Kategorie, ebenso wie beim Beförderungsvertrag die Pflicht, die Waren vom Ausgangspunkt zum Endpunkt zu transportieren. Die Partei, welche eine solche Pflicht verletzt, ist haftbar, und es besteht keine Notwendigkeit, Fahrlässigkeit zu beweisen. In manchen Fällen ist allerdings eine Partei nicht verpflichtet, das versprochene Ergebnis zu bewirken, sondern dazu, mit gebotener Sorgfalt zu handeln; dann spricht man von einer *obligation de moyens.* Ein Beförderer von Personen kann für eine solche Vertragsverletzung haftbar gemacht werden, wenn ein Passagier beim Besteigen des Zuges auf einem verschneiten Bahnsteig ausrutscht. In solchen Fällen ist es erforderlich, Fahrlässigkeit zu beweisen; zB die mangelhafte Reinigung des Bahnsteigs[113].

Die Arzthaftung bietet ein gutes Beispiel. Im französischen Recht beruht sie auf Vertrag. Normalerweise ist der Arzt nicht durch eine »obligation de résultat« verpflichtet, da in den meisten Fällen keine Verpflichtung besteht, Patienten zu heilen. In Arztverträgen kann eine solche Verpflichtung nur entstehen, wenn zB ein Zahnarzt verspricht, auf einen Zahn eine

112 *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 Rz 19.

113 Eine solche Verpflichtung, »obligation de sécurité« (Sicherungspflicht) genannt, wird von den Gerichten als Ergebnisverpflichtung betrachtet, wenn der Schaden zwischen dem Besteigen und dem Verlassen des Zuges durch den Passagier eintritt. Alle diese Bestimmungen sind durch die Gerichte mit geringer oder überhaupt fehlender Unterstützung durch das Gesetzbuch entwickelt worden. Siehe *O. Moréteau,* Codes as Straight-Jackets, Safeguards and Alibis, 20 North Carolina Journal of International Law 273, 285 (1995).

Krone aufzusetzen. Ärzte schulden eine »obligation de moyens«, wodurch sie mit gebotener Sorgfalt nach gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen handeln müssen. In diesem Sinn haben die Gerichte wiederholt im Gefolge des Falles *Mercier,* eines Leitfalles der Cour de cassation aus 1936 entschieden[114]. In der Regel muss das Opfer Fahrlässigkeit beweisen. In manchen Fällen kehren allerdings die Gerichte die Beweislast um und vermuten die Fahrlässigkeit. Interessanterweise werden in England ähnliche Fälle nicht nach Vertragsrecht entschieden, sondern nach Deliktsrecht (tort of negligence). Der Patient wird auf Grund des besonderen Verhältnisses, das auf dem Vertrag zwischen Arzt und Patient beruht, keine Schwierigkeit haben, die Existenz einer Sorgfaltspflicht nachzuweisen. Es kann jedoch ziemlich schwierig sein festzustellen, dass der Arzt diese Pflicht verletzt und fahrlässig gehandelt hat[115].

Die *Cour de cassation* hat inzwischen die Charakterisierung der ärztlichen Ver- **1/75** pflichtung von einer vertraglichen »obligation de moyens« auf eine gesetzliche geändert, die sich aus dem Code de la santé publique ergibt[116], und deren Verletzung ein Delikt darstellt[117]. Das ändert nichts an den für die Obligation geltenden Vorschriften, nicht einmal bezüglich der Verjährung, da die 2008 durchgeführte Verjährungsreform die für Delikts- und Vertragsobligationen geltenden Regeln vereinheitlicht[118].

Koziol verweist auf die deutsche und die Schweizer Dogmatik, die eine **1/76** »dritte Spur« zwischen Delikts- und Vertragshaftung geschaffen haben[119]. *Canaris* (Deutschland)[120] und *Loser* (Schweiz)[121] gründen diese Haftung im Zwischenbereich auf das Prinzip der Vertrauenshaftung, auf das auch ich mich in meiner Doktorarbeit bezogen habe, die aus einer Untersuchung des Rechts des *estoppel* hervorgegangen ist[122]. In meinem Grey-Zone-Artikel habe ich vorgeschlagen, das Obligationenrecht nicht als Dreieck von Delikt, Vertrag und Bereicherung darzustellen, sondern als Viereck, mit dem Vertrauensprinzip oder »estoppel« als vierter Ecke, und mit der Herausarbeitung von Verbindungen zwischen allen vier Ecken. Vertrauen oder »estoppel« ist mehr als eine »dritte Spur« oder »Kern-

114 Cass Civ, 30. Mai 1936, [1936] Dalloz, I, 88.
115 *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 Rz 20.
116 Art 1142-1 Code de la santé publique.
117 Cass Civ 1, 3. Juni 2010, Anmerkung *P. Sargos;* RTD Civ 2010, 571 (oben FN 13).
118 Gesetz Nr 2008-561 vom 17. Juni 2008 über die Reform privatrechtlicher Verjährung, *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 Rz 1–12.
119 Basic Questions I Rz 4/6.
120 *C. W. Canaris,* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971).
121 *P. Loser,* Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht (2006).
122 *O. Moréteau,* L'estoppel et la protection de la confiance légitime (1990) (<http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/12/>).

zone«[123] zwischen Delikts- und Vertragsrecht. Es überschneidet sich auch mit dem Bereicherungsrecht[124]:

1/77 Die vier Ecken des Obligationenrechts können in folgenden Worten beschrieben werden, die hier in sehr lockerer Bedeutung gebraucht werden, gefolgt von einem Hinweis auf ihre grundlegende Funktion:

- Vertragsrecht: eine Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung;
- Deliktsrecht: eine Verpflichtung zur Erbringung von Schadenersatz;
- Bereicherungsrecht: eine Verpflichtung zur Rückerstattung;
- Estoppel (Verwirkung): eine Verpflichtung, nicht zu verweigern.

1/78 Jeder der vier Ausdrücke bezeichnet eine Grundfunktion des Obligationenrechts zu Vergleichszwecken. Jede Ecke kann die anderen drei beeinträchtigen (daher die eindrucksvolle Verwirrung in der Literatur und Terminologie), wie wir sehen werden, wenn wir sie der Reihe nach betrachten.

1/79 Dieser Rahmen, der im Wesentlichen der Vergleichung dient, kann sich als hilfreich erweisen bei der Beschreibung von Fällen, die in einer Grauzone oder einem »Zwischenbereich«, wie ihn *Koziol* nennt[125], entschieden werden.

II. Fälle in der Grauzone oder im »Zwischenbereich«

1/80 In vielen Fällen, die nicht den Kernbereichen des Delikts- oder Vertragsrechts angehören, sondern dazwischen zu fallen scheinen, neigt die französische Judikatur dazu, sie als Vertragsrechtsfälle zu behandeln, allerdings nicht immer. Französische Gerichte blicken auf eine lange Geschichte zurück, in der sie den Umfang vertraglicher Verpflichtungen ausgeweitet haben, so dass sie Dritten zugutekommen können. So wurden Garantien, die der Verkäufer dem Käufer schuldete, nach der Vertragsketten-Lehre auf spätere Abnehmer ausgedehnt, und Vorteile können auf Benutzer erstreckt werden, die nicht Vertragspartei sind, wie Haushalts- oder Familienangehörige, mit der Rechtfertigung, es handle sich um eine stillschweigende Vereinbarung zugunsten Dritter. Die Theorie der Vertragskette ist schon lange aufgegeben worden; die Cour de cassation betont nunmehr die relative Wirkung des Vertrages, wie sie in Art 1165 Code civil zum Ausdruck kommt[126], und

123 Ausdrücke, die in Basic Questions I Rz 4/6 verwendet werden.

124 *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 Rz 63 f.

125 Basic Questions I Rz 4/9–17.

126 Cour de cassation, Assemblée plénière (Cass Ass Plén) 12. Juli 1991, D 1991, 549; JCP 1991, II, 21743, Anmerkung *G. Viney,* RTD Civ 1991, 750, Bemerkungen *P. Jourdain.* Der Eigentümer darf einen Subunternehmer nicht klagen, obwohl eine Vertragskette Eigentümer–Unternehmer und Unternehmer–Subunternehmer besteht.

gestattet Drittgeschädigten vertraglicher Nichterfüllung zumindest in den meisten Fällen nicht mehr, aus Vertragshaftung zu klagen. Drittopfer eines Schadens, der durch eine mangelhafte Sache verursacht wurde, brauchen sich auch nicht mehr auf vertragliche Garantien zu stützen, da sie nunmehr von einer Sonderregelung unter der Europäischen Richtlinie aus 1985 profitieren.

Überdies sind französische Gerichte rasch bereit, nicht ausverhandelte Ver- **1/81**
pflichtungen zur Gewährleistung der Sicherheit der anderen Partei (obligation de sécurité) als stillschweigenden Vertragsinhalt anzunehmen, etwa in Beförderungsverträgen, Arztverträgen, Verträgen mit Vergnügungsparks, mit Restaurants und ganz allgemein mit öffentlichen Anlagen[127]. Die dogmatische Unterscheidung zwischen einer *obligation de résultat* (Ergebnisverpflichtung) und *obligations de moyens* (Sorgfaltsverpflichtungen) erlaubt eine fallbezogene Feinabstimmung. Eine Ergebnisverpflichtung wird angenommen, wo die Gerichte einer traditionellen verschuldensunabhängigen Haftung den Vorzug geben (strikte Haftung, wenn es sich um Deliktsrecht handelt), und die Obligation wird als »obligation de moyens« charakterisiert, wenn es klar ist, dass die Partei nicht ein Ergebnis, sondern größtmögliche Bemühung schuldet, in welchem Fall Fahrlässigkeit zu beweisen ist. In solchen Fällen entsprechen die Voraussetzungen jenen der Haftung aus Delikt. Wie oben erwähnt, besteht die Tendenz, die Arzthaftung aus dem Bereich des Vertragsrechts in das Deliktsrecht zu verschieben.

Das allgemeine Erfordernis, dass Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen **1/82**
sind[128], erzeugt eine Pflicht zur Kooperation[129]. Es erlaubt den Gerichten, vertragliche Pflichten festzustellen, nicht gegen die Interessen der anderen Partei zu handeln[130]. Die Dienstnehmern auferlegte Loyalitätspflicht kann als Beispiel dienen: sie wird aus Art 1135 Code civil abgeleitet, der lautet: »Vereinbarungen verpflichten nicht nur hinsichtlich ihres ausdrücklich formulierten Inhalts, sondern auch hinsichtlich aller Folgen, die Billigkeit, Gewohnheit oder das Gesetz der Obligation gemäß ihrer Natur zuschreiben«.

Man kann eine starke Verbindung zwischen Kooperation, Loyalität, Treu und **1/83**
Glauben sowie Vertrauen feststellen. Wann immer eine Verbindung zu einem bestehenden Vertrag hergestellt werden kann, ist es wahrscheinlich, dass der Vertragshaftung der Vorzug gegeben wird.

Das Gegenbeispiel eines Falles in der Grauzone oder im Zwischenbereich, **1/84**
der als Delikt und nicht als Vertragsverletzung behandelt werden kann, betrifft die vorvertragliche Haftung. Die erste Situation liegt vor, wenn das Gericht überzeugt ist, dass im Zuge der Vertragsverhandlungen die Parteien einen Vorvertrag

127 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 500.
128 Art 1134 Code civil.
129 *Y. Picod,* Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat (1989).
130 *M. Fabre-Magnan,* Droit des obligations I: Contrat et engagement unilatéral³ (2012) 69.

(avant-contrat) abgeschlossen haben. In diesem Fall kann eine Pflichtverletzung während der Vertragsverhandlungen als Nichterfüllung des Vorvertrags behandelt werden und Vertragshaftung auslösen. Die zweite Situation liegt vor, wenn das Gericht findet, dass die Parteien ein starkes Vertrauensverhältnis entwickelt haben und einem Vertragsabschluss sehr nahe gekommen sind, obwohl in diesem Stadium kein Vorvertrag vorliegt. Wegen der klaren Äußerungen einer Partei im Hinblick auf ihre Abschlussabsicht vertraut die andere Partei auf diese Äußerungen und nimmt Transaktionskosten auf sich, die ohne solche Äußerungen und ohne vertrauensbildende Umstände möglicherweise unvernünftig gewesen wären. In diesem Fall kann der Verhandlungsabbruch Deliktshaftung auslösen. *Culpa in contrahendo* oder vorvertragliche Haftung ist somit nach französischem Recht entweder Vertragshaftung oder Deliktshaftung. Man kann allerdings eine starke Tendenz französischer Gerichte bemerken, die Existenz eines »avant-contrat« anzunehmen, da sie ungern Haftung auf eine einseitige Willensäußerung gründen. Nach Meinung des Autors irrt die französische Lehre, wenn sie zu ihrer Rechtfertigung in Fällen von culpa in contrahendo systematisch nach einer Willensäußerung Ausschau hält, da eine solche Haftung bei Fehlen einer klaren Vereinbarung oder eines klaren einseitigen Rechtsakts deliktischer und nicht vertraglicher Natur ist. Die wenigen Gelehrten, die darauf bestehen, dass Haftung auf Vertrauen beruht, anstatt auf Absicht, bilden bis heute eine Minderheit[131].

III. Das Problem der Anspruchskonkurrenz

1/85 Profitieren Kläger von einer Option, nach der Haftung aus Vertrag und Haftung aus Delikt zur Wahl steht? Bei dieser Frage erörtert *Koziol* nicht mehr Fälle im »Zwischenbereich«, sondern im »Kernbereich«[132]. Die Frage ist in der französischen Dogmatik umstritten. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Delikts- und Vertragshaftung, wie sie in der Architektur des Code civil abgebildet wird, wurde in den vergangenen Jahren in Frage gestellt. Einige behaupten, dass Vertragshaftung nie existiert hat[133]. Ohne so weit zu gehen, schlagen die Autoren des Entwurfs *Catala* zur Reform des Obligationenrechts vor, alle Bestimmungen über vertragliche und außervertragliche Haftung im selben Abschnitt des Code civil

131 *E. Levy,* Responsabilité et contrat, Revue critique de législation et jurisprudence 1899, 361; *derselbe,* La confiance légitime, RTD Civ 1910, 178; *A. Albarian,* De la perte de confiance légitime en droit contractuel, Essai d'une théorie (2010); *Moréteau,* L'estoppel et la protection de la confiance légitime (1990).

132 Basic Questions I Rz 4/20.

133 *P. Rémy,* La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, RTD Civ 1997, 323; *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 802–813.

zusammenzuführen, was nicht bedeutet, dass sie gleichlautend sein werden[134]. Viele Autoren widersetzen sich einer Zusammenlegung, einschließlich der Autoren der Entwürfe *Terré* zur Reform des Vertrags- und des Deliktsrechts, welche die Haftung aus Vertrag und Delikt in verschiedenen Abschnitten des Code civil beibehalten[135].

Die Gerichte haben den traditionellen Ansatz nicht aufgegeben und entscheiden nach wie vor, dass der Kläger kein Wahlrecht zwischen Vertrags- und Deliktshaftung hat. Jede der beiden hat ihre besonderen Regelungen, und es ist erforderlich zu bestimmen, welcher Klagegrund ausschlaggebend sein soll[136]. Der Richter muss in jedem Fall entscheiden, welcher Weg der richtige ist. Das System ist unter der Bezeichnung *règle du non-cumul* (Regel des Kumulierungsverbots) geläufig, doch es bedeutet erstens, dass man nicht die eine oder die andere Vorgangsweise wählen kann, und zweitens, dass man nicht Regeln der Vertragshaftung mit solchen der Deliktshaftung verbinden, oder gar Schadenersatz aus Vertrag zusätzlich zum Ersatz aus Delikt begehren kann[137]. Die Reform des Verjährungsrechts 2008 hat die beiden Regelungsbereiche zusammengeführt und das strategische Interesse beschränkt, welches die Parteien daran gehabt haben könnten, den einen Bereich gegen den anderen auszuspielen[138]. Das französische System hat den Gedanken einer »einheitlichen Anspruchsgrundlage«[139] nicht voll akzeptiert. Der Entwurf *Catala* hat sich zwar für eine einheitliche Darstellung von Delikts- und Vertragshaftung ausgesprochen, jedoch die »règle du non-cumul« nicht aufgegeben, so dass Vertragsklauseln nicht übergangen werden können, ob sie nun die Absicht verfolgen, den zu zahlenden Ersatzbetrag zu pauschalieren oder die Haftung zu begrenzen oder auszuschließen[140]. Der Entwurf *Catala* würde jedoch dem Opfer einer Körperverletzung erlauben, das günstigste Schadenersatzsystem zu wählen[141]. 1/86

Koziol erörtert das Problem konkurrierender Ansprüche, indem er den Blick auf die Voraussetzungen konzentriert, die erfüllt sein müssen, um die andere Partei haftbar zu machen. Er beharrt nicht auf dem Ausmaß der Kompensation, oder – genauer gesagt – darauf, dass der Kläger nur für seinen positiven Schaden Ersatz erhält (damnum emergens, Vertrauensschaden, Schutz des negativen Interesses), oder dass er auch – anstelle oder zusätzlich – den aus dem Vertrag erwarteten 1/87

134 Oben Rz 72.
135 Oben Rz 72.
136 *P. Malaurie/L. Aynes/P. Stoffel-Munck,* Les obligations (2004) Rz 997–1011.
137 *Dieselben.*
138 Gesetz Nr 2009-561 vom 17. Juni 2008, siehe die Erörterung unten in Rz 1/215 ff. Die Verjährungszeit beträgt nunmehr für die persönliche Klage fünf Jahre, außer im Fall von Körperverletzung, wo sie zehn Jahre ab der Vollendung der Verletzung beträgt.
139 Basic Questions I Rz 4/19.
140 Art 1341 Entwurf Catala.
141 Art 1341(2).

Gewinn begehren oder erhalten kann, etwa den erwarteten Vorteil aus dem Weiterverkauf von Waren, die bestellt aber nicht geliefert worden waren (lucrum cessans, Erfüllungsinteresse, Schutz des positiven Interesses). Die Angelegenheit ist wichtig, da ein Ersatz des wirtschaftlichen Schadens, der im Entgang von erwartetem Gewinn besteht, nur im Fall von Nichterfüllung einer typischen vertraglichen Verpflichtung erlangt werden kann[142]. Der einzige Ort, an dem *Koziol* das Ausmaß des Schadenersatzes erörtert, betrifft immaterielle Schäden[143]. Nach französischem Recht können immaterielle Schäden nicht nur nach Deliktsrecht, sondern auch auf einer vertragsrechtlichen Grundlage ersetzt werden. Man ist versucht zu glauben, dass dies auf den Umstand zurückzuführen ist, dass zahlreiche Klagen auf Ersatz von Personenschaden mit der Unterlassung begründet werden, eine vertragliche Sicherungspflicht zu erfüllen. Doch es scheint sich um eine viel weiter verbreitete allgemeine Praxis zu handeln. Normalerweise erlaubt das französische Recht ohne viel Diskussion in der Rechtsliteratur, und ohne ausdrückliche Unterstützung im Code civil[144] Klagen auf Ersatz immateriellen Schadens im Fall der Nichterfüllung im Kernbereich vertraglicher Verpflichtungen[145].

1/88 *Koziol* versucht zu bestimmen, ob die Delikts- oder die Vertragshaftung weiter reicht[146]. Die Antwort ist komplex und variabel, je nachdem, welchen Aspekt man betrachtet, und welcher Zeitraum in der Entwicklung des französischen Rechts ins Auge gefasst wird. Es gab eine Zeit, zu der Opfer von Transportunfällen vorzogen, eine Vertragsklage gegen ein öffentliches Beförderungsunternehmen anzustrengen, um von einer vertraglichen Sicherungspflicht zu profitieren, doch wenn das Gericht darin eine Sorgfaltsverpflichtung statt einer Erfolgsverpflichtung sah, wäre ein Beweis von Fahrlässigkeit erforderlich gewesen, als ob der Fall auf Verschuldenshaftung aus Delikt gestützt worden wäre (Art 1382). In dem Augenblick, in dem die Gerichte strikte Haftung auf der Grundlage der Innehabung einer Sache (Art 1384) entwickelten, wurde die Deliktshaftung attraktiver. Dies umso mehr, als das Gesetz über Verkehrsunfälle aus 1985 besondere Vorkehrungen für Opfer traf, indem es ein System absoluter Haftung entwickelte.

1/89 In allgemeinerer Form kann gesagt werden, dass zwar einerseits im Fall der Vertragshaftung bei Nichterfüllung das Erfüllungsinteresse erlangt werden kann, andererseits bei Deliktshaftung das Opfer einer Vertragsklausel entrinnen kann,

---

142 Art 1149 Code civil: »Schadenersatz steht dem Gläubiger im Allgemeinen für den Verlust zu, den er erlitten hat, und für den Gewinn, der ihm entgangen ist…«.

143 Basic Questions I Rz 4/24.

144 Im Gegensatz zu Art 1998 Louisiana Civil Code, der bezüglich des Ersatzes von immateriellem Schaden ausdrücklich unterscheidet, ob der Vertrag darauf abzielt, ein immaterielles Interesse zu befriedigen, oder ob der Schuldner beabsichtigt hat, durch seine Nichterfüllung die Gefühle des Gläubigers zu verletzen.

145 *Malaurie/Aynes/Stoffel-Munck,* Les obligations Rz 961.

146 Basic Questions I Rz 4/22.

die den Ersatzbetrag begrenzt. Das französische System des non cumul (eine bessere Charakterisierung wäre wohl Ausschluss des Wahlrechts)[147] hindert Opfer an der manipulierenden Wahl des Rechtsbehelfs. Das französische Recht kann zweifellos als Beispiel für ein System angeführt werden, wo die Anwendung des einen Regelungstyps unter Ausschluss des anderen stattfinden muss, obwohl das nicht zwangsläufig bedeutet, dass die Voraussetzungen stark differieren werden.

147 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1016–1031, der den Ausdruck »règle de non-option« verwendet.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

1/90 Aus französischer Sicht behandelt *Koziol* das Thema in verkehrter Reihenfolge, wenn er vom Schaden zur Verursachung (Teil 5) und dann zur Rechtswidrigkeit (Teil 6) übergeht. Nach traditioneller französischer Auffassung schreitet man vom Verschulden zur Verursachung und behandelt zuletzt den Schaden. Einige neuere Autoren beginnen allerdings ebenfalls mit dem Schaden und untersuchen sodann die Verursachung, sowie in späteren Kapiteln Verschulden und verschuldensunabhängige Haftung[148]. Mit dem Schaden zu beginnen, ist jedenfalls sinnvoll, wenn man den Blick auf die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts richtet, gleichgültig in welcher Rechtsordnung[149].

I. Schaden

A. Definitionen

1/91 Im französischen Recht ist anerkannt, dass das Vorliegen eines Schadens die Voraussetzung für die Entstehung eines Ersatzanspruches bildet. Das schließt natürlich Strafschadenersatz aus, da dieser seiner Natur nach keine Ausgleichsfunktion hat[150]. In der französischen Literatur ist ebenfalls klar (obgleich dies in der geltenden Gesetzeslage keinen Niederschlag findet)[151], dass Schadenersatz von der Rückerstattung ungerechtfertigter Bereicherung zu unterscheiden ist.

1/92 Der französische Code civil verlangt das Vorliegen von Schaden, ohne diesen zu definieren[152]. Die in den PETL unter der Überschrift »Ersatzfähiger Schaden« gegebene Definition »Schaden setzt einen vermögenswerten oder ideellen Nachteil an einem rechtlich geschützten Interesse voraus«[153] ist auch für das französische Recht annehmbar. Die französische Lehre verwendet allerdings andere Ausdrücke.

148 *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats, Teil 1, Überschrift 2 (Rz 1300–3200).
149 Basic Questions I Rz 5/1.
150 Oben, Rz 1/46.
151 Oben, Rz 1/43. Dabei ist zu beachten, dass es sich um eine *lex specialis* handelt.
152 Art 1382 Code civil. *Koziol* erklärt, dass nur wenige Rechtsordnungen Schaden definieren. Unter diesen befindet sich Österreich (ABGB § 1293); Basic Questions I Rz 5/2.
153 Art 2:101.

In Frankreich wird zwischen *dommage* und *préjudice* unterschieden. »Dommage« ist die Übersetzung des lateinischen »damnum«, das Verlust bedeutet, im Gegensatz zu Gewinn (lucrum). »Damnum« und »lucrum« haben keine rechtliche Bedeutung[154]. *Mazeaud* erklärt, dass »damnum« in der *lex Aquilia* die Beschädigung einer Sache bezeichne, gleichgültig, ob diese dem Eigentümer ein »préjudice« verursacht habe[155]. »Préjudice« ist ein juristischer Ausdruck (»praejudicium«, aus dem Wort »jus« gebildet), der die Folgen der Beschädigung bezeichnet (die oft »lésion« genannt werden). Préjudice entspricht dem Begriff ersatzfähiger Schaden. So kann zB eine Körperverletzung (damnum) verschiedene *préjudices patrimoniaux* (Vermögensschäden) wie Einkommensverlust, Heilungskosten usw verursachen, sowie auch *préjudices extrapatrimoniaux* (Nichtvermögensschäden) wie Schmerz und Leid oder entgangene Lebensfreude[156]. Auf Englisch würden wir sagen, dass Körperverletzung (bodily harm) materiellen und immateriellen Schaden (pecuniary and non-pecuniary damage) verursachen kann, und Schaden (damage) bedeutet in diesem Zusammenhang ersatzfähiger Schaden. So wie *harm* oft mit *recoverable damage* verwechselt wird, neigt man in Frankreich dazu, *dommage* und *préjudice* zu verwechseln. »Dommage« ist jedoch eine Tatsache, und »préjudice« ist im Wesentlichen ein Rechtsbegriff[157]. Nach der Meinung zahlreicher Autoren ist die Unterscheidung wichtig[158], zB im IPR: die Verletzung kann in einer bestimmten Rechtsordnung eintreten (am Unfallort), und ersatzfähiger Schaden kann in einer anderen Rechtsordnung erlitten werden[159]. *le Tourneau* betont, dass Verletzung oder »dommage« für das Opfer einen Gewinn verursachen kann. Ein erstes Beispiel dafür wäre, wenn ich verpflichtet bin, ein altes Gebäude niederzureißen, und ein Lastkraftwagen in dieses hineinkracht und mir die Abbruchkosten erspart. Ein zweites Beispiel wäre, dass ein Unfallopfer auf Grund einer Körperverletzung seine frühere Berufsstellung aufgeben muss und eine neue findet, die gewinnbringender ist[160]. Die Auffassung, dass zwischen *dommage* und *préjudice* unterschieden werden muss, ist nicht unbestritten. *Viney* bemerkt, dass die beiden Ausdrücke im Code civil, in Gerichtsentscheidungen und in einer Anzahl führender Werke gleichbedeutend verwendet 1/93

154 *R. Rodière,* Anmerkung zu Cass Civ 1, 21. Oktober 1952, JCP 1953, 7592, zitiert in *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1305.

155 *H. Mazeaud/L. Mazeaud,* Traité théorique et pratique de la responsabilité civile⁴, Band 1 (1947) Rz 208, FN 1.

156 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1305.

157 Siehe Basic Questions I Rz 6/6, wo auch betont wird, dass Schaden kein wirtschaftlicher Begriff ist.

158 *L. Cadiet,* Les métamorphoses du préjudice, in: J. R. Savatier, PUF (1998) 37; *P. Brun,* Responsabilité civile extracontractuelle² (2014) Rz 215.

159 Cass Civ 1, 28. Oktober 2003, D 2004, 223, Anmerkung *P. Delebecque,* RTD Civ 2004, 96, Bemerkungen *P. Jourdain*.

160 Siehe dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1305.

werden[161]; sie ist nicht davon überzeugt, dass die Unterscheidung wichtige praktische Konsequenzen hat[162].

1/94 Französische Juristen würden zustimmen, dass für die Ersatzfähigkeit eines Schadens »von der Rechtsordnung anerkannte und deshalb geschützte Interessen beeinträchtigt worden sein« müssen[163]. Das entspricht genau der Vorstellung einer »atteinte à un intérêt juridiquement protégé«, die in der französichen Schadenersatzliteratur weit verbreitet ist[164]. Auch sie ist im Code civil nicht genannt, der nicht einmal das Wort »préjudice« verwendet. Wie in Österreich kann man sagen »diese Voraussetzung ergibt sich aus Grundgedanken unserer Rechtsordnungen«[165], so dass sie als Element eines gemeinsamen Kerns bezeichnet werden kann. Wie andere Rechtsordnungen schützt auch die französische keine Interessen von Dieben oder anderen betrügerisch handelnden Personen, die Schaden an rechtswidrig erlangten Sachen erleiden: ein »dommage illicite« (rechtlich nicht anerkannter Schaden) ist nicht ersatzfähig[166], denn die Beendigung illegaler Situationen ist ein anerkanntes Ziel des Schadenersatzrechts[167].

1/95 Wie in anderen Rechtsordnungen werden auch in Frankreich durch das Schadenersatzrecht subjektive Rechte geschützt, wodurch es schwierig wird, die Schädigung von Allgemeininteressen wie der Umwelt zu erfassen[168]. In dieser Hinsicht werden die Grenzen des Privatrechts ausgereizt. In Frankreich wird eine Ausgleichszahlung an Behörden und auch an gemeinnützige Vereinigungen zugelassen, die für den Schutz des betroffenen Allgemeininteresses eintreten[169]. Ob diese

---

161 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 246-1.

162 *Dieselben.*

163 Basic Questions I Rz 5/3.

164 Zwischen 1930 und 1970 hat die Cour de cassation das Adjektiv *légitime* beigefügt (intérêt légitime juridiquement protégé), um die Ersatzleistung an eine Lebensgefährtin abzulehnen, die ein indirektes Opfer (par ricochet) im Fall ihres rechtswidrig getöteten Lebensgefährten geworden war. Diese Linie wurde verlassen in Cass Mixte 27. Februar 1970, D 1970, 201, Anmerkung *R. Combaldieu,* JCP 1970, II, 16305, Schlussantrag *R. Lindon,* Anmerkung *P. Parlange,* RTD Civ 1970, 353, Bemerkungen *G. Durry.* Siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 272.

165 Basic Questions I Rz 5/4.

166 *M. Puech,* L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle (1973).

167 *C. Bloch,* La cessation de l'illicite (2008).

168 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1482.

169 Siehe zB den Fall massiver Ölverschmutzung, die durch den Untergang des Supertankers Erika verursacht wurde (TGI Paris, 16. Jänner 2008, Kommentar von *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008, 264, Rz 48–55, bestätigt durch das Berufungsgericht und bezüglich dieses Punktes auch durch die Cour de cassation: Cass Crim, 25. September 2012, Nr 10-82938, Bull Crim Nr 198, D 2012, 2711, Anmerkung *P. Delebecque;* RTD Civ 2013, 119, Bemerkungen *P. Jourdain.* Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 48–55). Die Beklagten hatten Schadenersatz an »die lokalen Behörden, denen das Gesetz eine bestimmte Zuständigkeit in Umweltangelegenheiten zuwies, und ihnen eine besondere Verantwortung für den Schutz, die Verwaltung und die Erhaltung eines Gebietes auferlegte« zu zahlen. Nur jene Behörden erhielten Ersatz, die einen tatsächlichen Schaden in einem sensiblen Gebiet beweisen konnten. In Anbetracht ihrer Aufgaben kam auch die LPO

Interessen dem öffentlichen Bereich zugewiesen werden sollen[170], ist derzeit noch offen. Weitere vergleichende Studien sind erforderlich, um überzeugende Lösungen zu finden, wie etwa in den USA die Einrichtung des »public trust«[171], oder die Vorstellung in Ländern wie Bolivien oder Ecuador, dass Mutter Natur Rechte hat, die verletzt werden können und entschädigt werden müssen[172].

B. Materieller und immaterieller Schaden

Auf der Grundlage der Lehre vom Vermögen unterscheidet das französische Recht *préjudice patrimonial* (Vermögensschaden) und *préjudice extrapatrimonial* (Nichtvermögensschaden). Nichtvermögensschaden kann auf Körperverletzung beruhen, aber er kann auch »moralischen« Schaden darstellen (dommage moral), wie im Fall der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Er kann auch in Verbindung mit Sachschaden auftreten, zB als Schmerz über den Verlust eines geliebten Haustiers[173]. 1/96

Das französische Recht hat gegen den Gedanken, dass immaterieller Schaden ersetzt werden könne, lange Zeit Widerstand geleistet[174]. *Esmein* beklagte die Kommerzialisierung von Schmerz[175], während andere auf die Schwierigkeit hinwiesen, die Existenz eines solchen Schadens mit hinreichender Sicherheit nachzuweisen, ganz abgesehen vom Problem der Bemessung[176]. Wie oben erwähnt[177], wirkt in 1/97

(Ligue de protection des oiseaux) in Frage. Das Pariser Erstgericht stellte den beträchtlichen Umfang der Katastrophe fest, die tausende von Vögeln betraf, die in der Region überwinterten, und auch die Effizienz der LPO bei der Betreuung der Vögel während mehrerer Monate in Zusammenarbeit mit den lokalen Behörden und der Bevölkerung, sowie ihre nationale und internationale Bedeutung. Ein solcher Schaden wird eher objektiv als unter Berücksichtigung der Person des Opfers betrachtet. Das war schon früher anerkannt worden, doch noch nie bei einer so hohen Ersatzzahlung: *L. Neyret,* La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, D 2008, 170, 172.

170 Wie dies in Basic Questions I Rz 5/5 vorgeschlagen wird.

171 Siehe den Oil Pollution Act 1990; *O. Moréteau,* Catastrophic Harm in United States Law: Liability and Insurance, 58 American Journal of Comparative Law 69, 92 (2010).

172 *S. Monjean-Decaudin,* Constitution et équatorianité: la Pacha Mama proclamée sujet de droit, 4 Revue histoire(s) de l'Amérique latine 2010, Nr 3.

173 Lange abgelehnt, wurde Ersatz schließlich im berühmten *Lunus-Fall* zugesprochen (Lunus war der Name des Hundes): Cass Civ 1, 16. Jänner 1962, D 1962, 199 Anmerkung *R. Rodière,* JCP 1962, 12557 Anmerkung *P. Esmein.* Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats^{9} Rz 1565, der auch in Rz 1566 die Entscheidung Cass Civ 25. Jänner 1989, D 1989, 253 mit Anmerkung *P. Malaurie* zitiert, durch die moralischer Schaden in der Form verlorener Urlaubsfotos ersetzt wurde.

174 Siehe folgende Dissertationen: *A. Dorville,* De l'intérêt moral dans les obligations (1901); *F. Givord,* La réparation du préjudice moral (1938); *R. Nerson,* Les droits extra-patrimoniaux (1939).

175 *P. Esmein,* La commercialisation de la douleur morale, D 1954 Chron 113.

176 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats^{9} Rz 1553 und 1555.

177 Oben Rz 1/65.

einem Land katholischer Kultur die Idee, aus Tränen Geld zu schlagen (battre monnaie avec ses larmes)[178] bestürzend. Obgleich die Diskussion noch nicht völlig erloschen ist[179], entspricht heute der Ersatz immaterieller Schäden gängiger Praxis[180]. Seit einem 1833 entschiedenen Leitfall[181] hat die Cour de cassation eine ständige Rechtsprechung (jurisprudence constante) dahingehend entwickelt, dass grundsätzlich immaterieller Schaden so wie jeder Schaden unabhängig von seiner Schwere (gravité) oder besonderen Art (consistance) zu ersetzen ist[182]. Wie oben erwähnt[183], wurden, obwohl Gerichte nicht offen auf inoffizielle Tabellen Bezug nehmen dürfen, Datenbanken angelegt, die auf einer Untersuchung der Berufungsentscheidungen beruhen und helfen sollen, die Kosten des Verlusts einer Mutter, eines Kindes oder von Geschwistern zu bemessen[184]. Die Zuerkennung einer Kapitalabfindung wird gelegentlich mit einer Buße verglichen[185].

1/98 Die Frage, ob das Opfer einer Körperverletzung Ersatz für immateriellen Schaden erhalten kann, wenn es sich im Zustand der Bewusstlosigkeit oder im Wachkoma befindet, war in den 1980er Jahren umstritten[186]. Während *Subjektivisten* darauf bestanden, dass für die Zuerkennung einer Ersatzleistung das Bewusstsein des Opfers erforderlich sei, behaupteten *Objektivisten,* dies sei keine rechtliche Voraussetzung, und Ersatz sei ohne Rücksicht auf einen Nachweis von subjektivem Schmerz und Leid zu zahlen. Die Cour de cassation folgte der objektiven Auffassung und entschied, dass Schadenersatz nicht von der Wahrnehmung des Opfers abhängig ist, sondern auf der objektiven Beurteilung des behaupteten Schadens durch den Richter beruhte[187]. Die moralische Grundlage liegt in der Erkenntnis, dass ein Opfer im Wachkoma ein menschliches Wesen bleibt, und Freude oder Schmerz empfinden kann. Die Unmöglichkeit, sich fortzubewegen und mit dem Pflegepersonal und Angehörigen zu kommunizieren, stellt unweigerlich einen realen Schaden dar. Jenen Personen Ersatz zu verweigern, die als bewusstlos gelten, würde bedeuten, dass wir solche Opfer als tot oder als Sachen betrachten, was der Menschenwürde widerspräche. Streng rechtlich betrachtet liegt das Problem in

178 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1553.

179 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 95 und 1554, der sich für die Abschaffung von Ersatz immateriellen Schadens ausspricht.

180 *G. Mémeteau,* La réparation du préjudice d'affection ou: la pierre philosophale, Gazette du Palais (Gaz Pal) 1978, 2, 400. Siehe auch *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 253.

181 Cass Réun 25. Juni 1833, zitiert in *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1554.

182 Cass Civ 2, 7. Juli 1983, Gaz Pal 1984, 1, panorama 64; *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1554.

183 Oben Rz 1/65.

184 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1555.

185 *Derselbe*.

186 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1557–1561 für eine ausführliche Erörterung mit Nachweisen.

187 Cass Crim 5. Jänner 1994, Bull Crim Nr 5, JCP 1995, IV, 862.

der Gewissheit des Schadens: es könnte argumentiert werden, das Vorliegen eines Schadens sei ungewiss. Es erscheint wichtig, dass Kläger einen unbestreitbaren Schadensnachweis erbringen, wie etwa die Unfähigkeit, sich zu bewegen, das Bewusstsein zu erlangen, oder Gedanken und Gefühle auszudrücken.

In zwei jüngst am selben Tag entschiedenen Fällen[188] ging es um zwei Opfer von Verkehrsunfällen, von denen das eine binnen einer Stunde (erster Fall), das andere binnen zwei Wochen (zweiter Fall) nach dem Unfall starb. Ihre Erben begehrten Ersatz für immateriellen Schaden bezüglich des Gefühls verlorener Lebenserwartung, welches das Opfer zwischen dem Unfall und dem Tod erlitten hatte. Beide Ansprüche wurden abgewiesen, da die Opfer zur Gänze das Bewusstsein verloren hatten und Beweise fehlten, wonach die Opfer ihrer Lage bewusst gewesen sein könnten. Die Cour de cassation hat diese Entscheidungen bestätigt und dabei ausdrücklich den Untergerichten die Beurteilung der Gewissheit des Schadenseintritts eingeräumt. Schließlich war die Existenz der fraglichen Gefühle Gegenstand von Vermutungen und beruhte nicht auf Gewissheit. Eine Entscheidung aus 2013 hat bei manchen die Frage aufgeworfen, ob die Cour de cassation vielleicht im Begriff stand, zu einem subjektiven Ansatz zurückzukehren[189]: das Gericht bestätigte die Entscheidung eines Berufungsgerichts, welche das einem Opfer zugesprochene Schmerzengeld auf die Hälfte reduzierte (€ 5,000,– anstelle von € 10,000,–), da es fast sofort gestorben war. Es stützte sich dabei auf die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts. Die Abweisung des Anspruchs, der auf dem Verlust einer Überlebenschance beruhte, wurde bestätigt. Die Berufungsrichter hatten zu Recht festgestellt, dass ein Recht, ein statistisch bestimmtes Alter zu erreichen, wegen des aleatorischen Charakters des menschlichen Lebens, des Krankheitsrisikos usw zu ungewiss sei. Die Entscheidung enthält kein subjektives Element. **1/99**

Auch indirekte Opfer können Ersatz ihres immateriellen Schadens begehren, wie etwa ihr Leid aus dem Verlust eines Angehörigen, oder weil sie darunter leiden, dass sich das direkte Opfer im Wachkoma befindet[190]. **1/100**

Ersatz für Körperverletzung ist normalerweise mit Ersatz für immateriellen Schaden verbunden[191]. Eine amtliche Aufzählung *(Nomenclature Dintilhac)* inkludiert ua Mängel (Fehlen oder Beeinträchtigung von Funktionen), Schmerz, »préjudice esthétique« (Verunstaltung), sexuelle Beeinträchtigung, durch fortschrei- **1/101**

188 Cass Crim 5. Oktober 2010, D 2011, 353, Anmerkung *J. J. Lemouland/D. Vigneau,* JCP 2011, 435, Anmerkung *C. Bloch,* RTD Civ 2011, 353, Bemerkungen *P. Jourdain*.

189 Cass Crim 26. März 2013, JCP 2013, 675, Anmerkung *D. Bakouche*.

190 Cass Civ 1, 29. November 1989, Bull Civ I, Nr 369; siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1562 für kritische Bemerkungen.

191 Mit dem Thema befassen sich zwei Dissertationen *(L. Cadiet,* Le prejudice d'agrément, Poitiers, 1983; *M. Guidoni,* Le préjudice esthétique, Paris I, 1977) und zahlreiche in *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1581 angeführte Artikel.

tende Erkrankung verursachte Schäden, usw, eine Liste, die von Gegnern als erschreckend lang und unsensibel gegenüber der Einheit der Persönlichkeit empfunden wird[192]. Die Liste spiegelt einfach das ganze mögliche Elend des menschlichen Daseins wider.

1/102 Immaterieller Schaden, der mit der Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten verbunden ist, bildet ein weiteres umfangreiches Kapitel, das reiche Literatur hervorgerufen hat[193]. Der Umstand, dass Geldersatz für diese Art von Schaden den einzigen Weg bilden könnte, eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten unter Sanktion zu stellen, wird nicht bestritten, und es muss ein ausreichender Betrag zugesprochen werden, um sowohl einen Sanktions- als auch einen Abschreckungseffekt zu erzielen[194]. Ein Problem liegt darin, dass solche Rechte zu Geld gemacht werden können *(Koziol* spricht von Kommerzialisierung)[195]. Die Grenze zwischen Nichtvermögensrechten und Vermögensrechten wird dann schmal und nicht leicht zu ziehen[196]. Als Beispiel mag das Recht jedermanns an seinem eigenen Bild und seiner Privatsphäre nach französischem Recht dienen[197]. In einem 1975 in Paris entschiedenen Fall hat der französische Superstar Catherine Deneuve eine Männerzeitschrift geklagt, die Nacktfotos von ihr in einem Artikel über ihr Intimleben unter dem Titel »Catherine Deneuve superbe star« publiziert hatte[198]. Sie hatte der Publikation von Fotos zugestimmt, die aufgenommen worden waren, als sie als Modell und dabei gelegentlich in Aktposen gearbeitet hatte. Die Zeitschrift, die damals die besagten Fotos veröffentlicht hatte, verkaufte sie später an eine andere Zeitschrift, welche sie Jahre später wiederveröffentlichte, als Catherine Deneuve eine hochangesehene Schauspielerin und Kultfigur geworden war. Obwohl die Zeitschrift Eigentum an den Fotos erworben hatte, wurde Catherine Deneuve gestattet, Einwendungen gegen die Veröffentlichung zu erheben und zu argumentieren, dass ihr Persönlichkeitsrecht an ihrem Bild beeinträchtigt worden sei[199]. Das Gericht entschied, dass die Zeitschrift vor

---

192 Zu den Einzelheiten siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1583; Rz 1581–1596 bieten einen umfassenden Überblick.

193 Aus der langen Liste in *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1603 muss eine vergleichende Studie hervorgehoben werden: *O. Berg,* La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages, Essai d'une théorie en droit français et allemand (2006).

194 Basic Questions I Rz 5/10.

195 Basic Questions I Rz 5/13.

196 Diese Erörterung verwendet – stellenweise wörtlich – einen Auszug aus meiner Rezension von *N. R. Whitty/R. Zimmermann* (Hrsg), Rights of Personality in Scots Law: a Comparative Perspective, 4 Journal of Civil Law Studies 217 (2011).

197 Art 9 Code civil.

198 Paris 14. Mai 1975, D 1976, 291, Anmerkung *R. Lindon*.

199 Der Begleittext, der über die Liebesaffären der Schauspielerin berichtet, die der Öffentlichkeit längst bekannt waren, wurde ebenfalls als Beeinträchtigung gewertet, da sie in den letzten Jahren sehr um Unauffälligkeit bemüht gewesen war und keinen Tratsch über ihre angeblichen

der Veröffentlichung ihre Zustimmung hätte einholen müssen. Jeder Anwalt oder Gelehrte, der französische Fälle kennt, weiß, dass je stärker eine Person ihre Privatsphäre oder Rechte an ihrem Bild schützt, desto grösser die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie bei Verletzung solcher Rechte höhere Schadenersatzleistungen erhält. Im Gegensatz dazu verlieren berühmte Leute, die normalerweise die Publikation von Tratsch und Fotos dulden, die in ihrer Privatsphäre aufgenommen werden, zwar nicht ihr Recht auf Schutz – das immerhin unveräußerlich ist und nicht aufgegeben werden kann –, doch es ist bei ihnen eher wahrscheinlich, dass sie nur minimalen oder nominellen Schadenersatz erhalten. Da Klatschzeitschriften auf jeden Fall Tratsch publizieren, um ihren Absatz zu maximieren, können Berühmtheiten durch ihre Entscheidung, keinerlei Eingriffe zu dulden, ihr Privatleben und Bild vermarkten, indem sie *ex ante* das Veröffentlichungsrecht unter festgesetzten Bedingungen verkaufen, oder *ex post* Schadenersatz fordern, den die französischen Gerichte hoch genug anzusetzen trachten, um eine Abschreckungswirkung zu erzielen.

Koziol scheint sich für einen Ersatz immateriellen Schadens an juristische Personen auszusprechen, mit der Begründung, dass diese Persönlichkeitsrechte haben können. Er beruft sich auf das Werk *Fellners*[200], die darauf verweise, »dass die Persönlichkeitsrechte das Zusammenleben innerhalb der Gesellschaft ordnen sollen und auch juristische Personen Mitglieder der Gesellschaft und Teilnehmer am Rechtsverkehr sind«[201]. Die beiden Punkte können nicht bestritten werden, sind jedoch nur lose miteinander verbunden. Diese Betrachtungsweise könnte dem starken Band zwischen Persönlichkeitsrechten und Menschenwürde zu wenig Beachtung schenken. Würde hat mit Selbstwertgefühl und innigen Gefühlen zu tun, die damit verbunden sind, was uns zu Menschen macht. Juristische Personen haben solche Gefühle nicht, sie sind keine Wesen mit Bewusstsein[202]. Persönlichkeitsrechte reichen über den Begriff Persönlichkeit hinaus, der ein menschliches und juristisches Konstrukt darstellt. Sie reflektieren unsere menschliche Natur. Juristische Personen sind zweckmäßige Fiktionen, die Menschen erlauben, Handel zu treiben und gemeinsame Interessen zu verfolgen. Man würde Kapitalgesellschaften nicht das Recht einräumen, ihre Stimme in politischen Wahlen abzugeben, denn dabei handelt es sich um ein unveräußerliches Recht, dessen Übertragung sklavische Abhängigkeit bedeuten würde, oder ein Recht der Vaterschaft oder Mutterschaft, obwohl sie Muttergesellschaften sein können. Der Autor **1/103**

Verhältnisse geduldet hatte. Erhebliche Beträge wurden als Ersatz für die Beeinträchtigung der Rechte sowohl an ihrem Bild als auch an ihrer Privatsphäre zugesprochen.

200 *M.-L. Fellner,* Persönlichkeitsschutz juristischer Personen (2007).

201 Basic Questions I Rz 5/22.

202 Deshalb hege ich eine tiefe Abneigung gegen den französischen Ausdruck *personne morale* als Bezeichnung einer juristischen Person.

dieses Beitrags spricht sich scharf gegen die Anerkennung eines Rechts auf freie Meinungsäußerung juristischer Personen durch den US Supreme Court[203] aus, wodurch jenen, welche die Wirtschaft beherrschen, die Möglichkeit geboten wird, über Kapitalgesellschaften unbegrenzte Geldbeträge zur Finanzierung von Wahlkämpfen auszugeben. Werden Kapitalgesellschaften durch Mitgliedschaft in der Gesellschaft und Teilnahme am Rechtsverkehr zu vollen Staatsbürgern? Bei allem Respekt muss gesagt werden, dass die Zuerkennung von politischen Grundrechten oder Persönlichkeitsrechten an juristische Personen letztendlich den Schutz der Menschenrechte aushöhlen könnte.

1/104 Französische Gerichte anerkennen Ersatz von immateriellem Schaden, der von juristischen Personen erlitten wird[204], ohne so weit zu gehen, ihnen Persönlichkeitsrechte zuzuerkennen. Obwohl damit ein praktischer Zweck in Fällen erfüllt wird, in denen reiner Vermögensschaden schwer zu bemessen ist[205], beruht diese Judikatur auf falschen ontologischen Prämissen.

1/105 *Koziol* erörtert ausführlich Ersatz für Verlust an Freizeit und Urlaub, dessen Einordnung zwischen materiellem und immateriellem Schaden er schwierig findet[206]. Zu diesem Thema ist im französischen Recht – zumindest bei flüchtiger Suche – wenig bis nichts zu finden. Es ist klar, dass die Mietkosten für einen Ersatzgegenstand für ein beschädigtes Objekt (zB ein Fahrzeug) einen materiellen Schaden darstellen. Doch wie verhält es sich mit der Zuerkennung von Schadenersatz auch dann, wenn der Geschädigte kein Fahrzeug mietet, allein für den entgangenen Gebrauch[207]? Nach französischem Recht muss Schadenersatz den gesamten Schaden abdecken, soll diesen aber nicht überschreiten[208]. Es ist daher schwer vorstellbar, dass ein Gericht Schadenersatz als Ausgleich für die Kosten eines Mietwagens zusprechen könnte, wenn der Geschädigte einfach alternative Transportmittel ohne Zusatzkosten benützt hat. Ein Beispiel aus dem praktischen Leben: Mein Auto wurde während eines Familienurlaubs in der Toskana bei einem Unfall beschädigt. Es besteht kein Zweifel, dass der schuldige Unfallgegner die Kosten einer einwöchigen Automiete ersetzen musste. Das war ein materieller Schaden, der von der Haftpflichtversicherung getragen wurde. Allerdings konnte das Auto während der verbleibenden Woche unseres Italienurlaubs

203 *Citizen United v. Federal Election Commission,* 558 United States Supreme Court Reports (US) 310 (2010).

204 *V. Wester-Ouisse,* Le préjudice moral des personnes morales, JCP 2003, I, 145.

205 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 260, wo Fälle von Rufschädigung und rechtswidriger Enthüllung von Geschäftsgeheimnissen zitiert werden. In allen diesen Fällen ist ein Vermögensrecht betroffen und wird somit ein reiner Vermögensschaden verursacht.

206 Basic Questions I Rz 5/23.

207 Basic Questions I Rz 5/24.

208 »La réparation du dommage ne peut excéder le montant du préjudice« (Schadenersatz kann den Betrag des erlittenen Schadens nicht übersteigen) Cass Civ 2, 21. Juni 2001, Bull Civ II Nr 212; *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 2545.

nicht völlig repariert werden. Wir gaben deshalb unseren ursprünglichen Plan auf, eine weitere Woche im Seengebiet und in Tirol zu verbringen, fuhren zurück nach Lyon und ließen das Auto fertigreparieren, bevor wir unsere übliche Tätigkeit wieder aufnahmen. Meine Familie und ich verloren eine Woche Urlaub. Haben wir einen immateriellen Schaden (das Leid, ein Drittel unserer Ferienzeit zu verlieren) erlitten oder einen materiellen Schaden (die angemessenen Kosten dieser Woche auf der Grundlage unseres Ausgabenverhaltens)? Sofern wir diese zusätzliche Summe (plus Automiete und die Kosten einer vollen Autoreparatur in Italien oder einer Rückkehr ohne Reparatur nach Lyon) nicht tatsächlich ausgegeben haben, um unseren dreiwöchigen Urlaub trotz aller Schwierigkeiten zu konsumieren, liegt kein weiterer materieller Schaden vor. In dieser Situation hatten wir als Opfer die Wahl, entweder unseren Verlust zu maximieren, mit einer Chance auf Schadenersatz, oder ihn zu minimieren. Schadenersatz kann gegenüber einem Opfer, das den Schaden minimiert, fair sein, und doch im Falle seiner Zuerkennung ambivalent: Ersatz materiellen Schadens, wenn die Kosten eines einwöchigen Urlaubs zuerkannt werden, oder immateriellen Schadens, allerdings in einer beträchtlich geringeren Höhe. Es wurde keine Klage eingebracht und der Anspruch ist verjährt.

Hätte ich Ersatz für die Kosten eines einwöchigen Urlaubs begehrt, wäre mir **1/106**
vielleicht eingewendet worden, es handle sich um keinen direkten Schaden[209]. Die direkte Ursache des behaupteten Verlusts war immerhin meine Entscheidung, den Urlaub abzukürzen. Da allerdings meine Entscheidung angemessen war, hat sie den Kausalzusammenhang nicht unterbrochen. Ich hätte Ersatz immateriellen Schadens bezüglich der zusätzlichen psychischen Belastung und des Verlusts der Chance erlangen können, diesen Stress durch ausgedehnte Ferien abzubauen. Die Unterscheidung zwischen *dommage* oder *damnum* und *préjudice* oder *praejudicium* ist in diesem Zusammenhang sinnvoll: das »damnum« war die Beschädigung des Autos. Das »préjudice« oder der ersatzfähige Schaden bestand in den Abschlepp- und Reparaturkosten plus Nebenkosten, wie Miete eines Ersatzfahrzeugs, soweit materieller Schaden betroffen war. Es konnte auch zusätzlich immateriellen Schaden einschließen, dessen Ausgleich dem Geschädigten in beschränkter Weise zu weiteren Urlaubsfreuden verhelfen konnte, was unter den Umständen nur gerecht erschiene. Die vollen Kosten der zusätzlichen Urlaubswoche als Ersatz materiellen Schadens zuzusprechen, wäre nicht richtig, da die Kosten nicht erwachsen sind, denn das Opfer hat sich sozusagen veranlasst gesehen, Geld zu sparen.

209 Siehe dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1704 und 2545.

C. Das Prinzip des vollen Schadensausgleichs

1/107 Zum Ersatz realer und rechnerischer Schäden ist aus der Perspektive des französischen Rechts wenig anzumerken. Obwohl der Code civil keine diesbezügliche Bestimmung enthält, gilt der Gedanke der vollen Wiederherstellung (Naturalrestitution) oder des vollen Ausgleichs (durch ein Äquivalent in der Form von Schadenersatz) als Grundprinzip des Schadenersatzrechts[210]. Schadenersatz muss auch ohne Rücksicht auf den Verschuldensgrad bemessen werden, mit dem der Schaden verursacht wurde[211].

1/108 Der Fall unerwünschter Geburt verstört französische Gelehrte[212] ebenso sehr wie andere europäische Rechtswissenschaftler[213]. Die Geburt eines Kindes stellt an sich keinen Schaden dar, so die Lösung, wie sie sowohl von Verwaltungsgerichten[214] als auch von den ordentlichen Gerichten[215] formuliert wird. Allerdings wird in beiden Gerichtssystemen anerkannt, dass unter besonderen Umständen Ersatz möglich ist[216] oder wenn ein besonderer Schaden zu den normalen Kosten hinzutritt, die durch die Mutterschaft entstehen[217].

1/109 Die Ausnahme beruht auf dem Umstand, dass nicht die Geburt und die Last der Kindererziehung den Schaden bewirken, sondern besonderes Leid, das mit der Geburt eines bestimmten Kindes verbunden ist, wie eine durch Vergewaltigung oder Inzest verursachte Schwangerschaft[218]. Verwaltungsgerichte anerkennen auch, dass die Geburt eines behinderten oder missgebildeten Kindes die normalen Lebensbedingungen verändert, und dadurch einen ersatzfähigen Schaden bewirken kann[219]. Wenn sie durch den Täter oder ärztliches Fehlverhalten verursacht worden ist, muss für die Behinderung des Kindes Ersatz geleistet werden[220].

---

210 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 2521 ff.

211 »L'évaluation du dommage doit être faite exclusivement en fonction du préjudice subi«: Cass Civ 2, 21. Juli 1982, Bull Civ II, Nr 109; Cass Com, 3. April 1979, Bull Civ IV Nr 125; *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 2522.

212 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 249-2.

213 Basic Questions I Rz 5/39 ff.

214 Conseil d'Etat (CE) 2. Juli 1982, D 1984, 425 Anmerkung *J. B. d'Onorio.* Verwaltungsgerichte sind zuständig, wenn der medizinische Eingriff (Schwangerschaftsabbruch oder Sterilisation) in einem öffentlichen Krankenhaus stattgefunden hat.

215 Cass Civ 1, 25. Juni 1991, D 1991, 566 Anmerkung *P. le Tourneau,* RTD Civ 1991, 753, Bemerkungen *P. Jourdain.*

216 CE, 2. Juli 1982, oben FN 214.

217 Cass Civ 1, 25. Juni 1991, oben FN 215.

218 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 249-2.

219 CE, 27. September 1989, D 1991, 80, Anmerkung *M. Verpeaux;* CE, 17. Jänner 1990, D 1990, 254, Schlussantrag *B. Stirn.*

220 CE, 27. September 1989, oben; Cass Civ 1, 10. Juli 2002, Bull Civ I Nr 197; siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 249-3, wo betont wird, dass Kausalität klar bewiesen werden muss.

Viney vertritt die Auffassung, dass die Mutter Ersatz erhalten soll, wenn sie sich in einer finanziellen Notlage befindet[221].

Nicht zuletzt muss daran erinnert werden, dass im berühmten und umstrittenen Fall *Perruche*[222] die Assemblée plénière der Cour de cassation entschieden hat, das Kind habe einen klagbaren Anspruch und ein Recht auf Ersatz für unerwünschtes Leben. Während der Schwangerschaft wurde auf Grund einer Fehldiagnose eine Anomalie übersehen, nachdem die Mutter in einem Frühstadium der Schwangerschaft klargemacht hatte, sie würde lieber einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen als das Risiko der Geburt eines behinderten Kindes auf sich zu nehmen. Sie erlangte Schadenersatz[223], doch die im Namen des Kindes eingebrachte Klage war problematischer, da sie darauf hinausläuft, Ersatz für den bloßen Umstand des Lebens zu fordern. Das Gericht entschied jedoch, das Kind habe »das Recht auf Ersatz des Schadens, der aus einer solchen Behinderung erwachse, und der erwiesenermaßen durch die Unterlassung verursacht worden sei«, bei der Durchführung der Pränataldiagnose zu einem Zeitpunkt, an dem die Schwangerschaft noch rechtmäßig abgebrochen werden konnte, die erforderliche Sorgfalt walten zu lassen[224]. Obwohl das Gericht die Behinderung, nicht das unerwünschte Leben als ersatzfähigen Schaden bezeichnet hatte, war die öffentliche Meinung empört[225]. Die Entscheidung wurde durch den Gesetzgeber korrigiert, ein Gesetz aus 2002 bestimmte, dass sich »niemand auf Schaden berufen kann, der durch den bloßen Umstand seiner Geburt verursacht worden ist«[226], und traf Vorsorge dafür, dass in solchen Fällen gröberer Behinderung Deckung durch staatliche Solidarität und nicht durch das Schadenersatzrecht erfolgen würde. **1/110**

II. Verursachung

Die Bestimmungen des Code civil über Haftung aus Delikt schweigen hinsichtlich der Kausalität, und betrachten sie lediglich durch den wiederholten Gebrauch **1/111**

221 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 249-2.

222 Cass Plén, 17. November 2000, D 2001, 332, Anmerkungen *D. Mazeaud/P. Jourdain,* JCP 2001, II, 10438 Schlussantrag *J. Sainte-Rose* und Anmerkung *F. Chabas*.

223 Siehe die oben zitierten Fälle.

224 Vgl auch die englische Übersetzung von *O. Moréteau,* France, in: K. Oliphant/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law: Basic Texts (2011) 89f.

225 Siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 249-6, wo die Entscheidung des Gerichts verteidigt wird, sogar auf Grund von Kausalität.

226 Art 1 Gesetz Nr 2002-303 vom 4.März 2002, das sich mit den Patientenrechten und der Qualität des Gesundheitssystems befasst. *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law: Basic Texts 90.

des Verbs »causer« (verursachen) als Voraussetzung[227]. Mehr Aufschluss geben Bestimmungen zur Vertragshaftung, die auf vertragliche und außervertragliche Haftung anwendbar gehalten werden[228]. Art 1151 ordnet an: »Selbst in dem Fall, wo die Nichterfüllung der Vereinbarung auf die arglistige Täuschung seitens des Schuldners zurückzuführen ist, darf der Schadenersatz in Bezug auf den vom Gläubiger erlittenen Verlust und auf den Gewinn, der ihm entgangen ist, *nur das umfassen, was die unmittelbare und direkte Folge* der Nichterfüllung der Vereinbarung ist«. Diese Sprache ist ziemlich vage, ähnlich jener in anderen Gesetzbüchern des romanischen Rechtskreises: das polnische Zivilgesetzbuch beschränkt die Haftung auf Schaden, der die *normale* Folge einer rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung ist[229]; in Italien wird per analogiam auf das Strafgesetzbuch verwiesen und festgestellt, dass nachfolgende Ursachen den Kausalzusammenhang zwischen einer früheren Ursache und dem Schaden unterbrechen, wenn sie für sich ausreichen, den Schaden zu erklären[230]; in Portugal verweist man auf die »conditio sine qua non«[231]. In Frankreich muss man sich, wie auch in allen anderen romanischen Rechtsordnungen, an die Judikatur wenden. Statt sich von komplexen Entwicklungen der Wissenschaft inspirieren zu lassen, wählen französische Gerichte einen pragmatischen Zugang und finden Wege, komplexe Probleme zu umgehen.

A. Kausalität in der Lehre: eine komplexe Diskussion

1/112 »Ursache« ist in erster Linie ein philosophischer Begriff. Doch philosophische oder naturwissenschaftliche Definitionen der Kausalität sind in der Welt des Rechts von beschränktem Nutzen. Während Philosophen und Naturwissenschaftler versuchen, von bekannten oder beobachteten Phänomenen auf unbekannte Ursachen zu schließen, versuchen Juristen einen Kausalzusammenhang zwischen zwei bekannten Tatsachen festzustellen, nämlich dem schädigenden Ereignis und

227 Art 1382: Jegliche Handlung eines Menschen, die einem anderen einen Schaden *verursacht,* verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, diesen zu ersetzen. Art 1383: Ein jeder ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den er durch seine vorsätzliche Handlung *verursacht* hat, sondern auch für den Schaden, den er durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat. Art 1384: Man ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den man durch sein eigenes Handeln *verursacht,* sondern auch für denjenigen, der durch die Handlung von Personen *verursacht* wird, für die man einstehen muss, oder durch Sachen, die man unter seiner Obhut hat. Siehe *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law, Basic Texts 85 ff.

228 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 348.

229 Art 361 Zivilgesetzbuch, zitiert in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 348.

230 Zitiert in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 348.

231 *Dieselben* unter Hinweis auf *A. M. Honoré,* International Encyclopedia of Comparative Law, Band XI, Teil 7 (1982) Rz 46.

dem realen Schaden[232]. Kausalität wird in der französischen Rechtswissenschaft ausgiebig erörtert[233]. Doch französische Gelehrte zögern, eine Definition rechtlicher Kausalität zu geben und halten sich lieber an einen vom common law inspirierten pragmatischen Ansatz, um *Tony Honoré*[234] zu zitieren. *Ripert* hat geschrieben »Kausalität war der Gegenstand brillanter dogmatischer Abhandlungen, die nie eine Lösung dieses allgemeinen Problems gebracht haben, das vielleicht auch nie gelöst werden wird«[235]. *Starck* und *Esmein* haben zugestimmt, dass sich die Kausalität jeder akademischen Analyse entzieht[236]. *Honoré* betont, dass die Risikolehre das französische Recht stärker als jede andere Rechtsordnung beeinflusst habe, da es das Risiko nicht nur an die Stelle des Verschuldens setze, sondern auch an die Stelle der Kausalität[237]. *Viney* ist allerdings der Meinung, dass die Risikoanalyse in der Judikatur nur beschränkten Einfluss ausübe[238]. Die Doktrin der »relativité aquilienne« hat größere Wirkung entfaltet. Sie ist rechtspolitisch orientiert und beruht auf objektiver Analyse der anzuwendenden Norm. Sie besteht darauf, den Schaden festzustellen, den sie ersetzen will[239]. Die Chambre criminelle der Cour de cassation hat diesen Ansatz bekräftigt, zB durch Ablehnung von Schadenersatz für Opfer, wenn ein Strafgesetz eher den Schutz eines Allgemeininteresses als den privater Individuen bezweckt[240]. Französische Rechtsgelehrte neigen zur Ablehnung dieser »aquilischen« Lösung, da sie ebenso schwierig zu handhaben ist wie die Kausalität[241].

Unter dem Einfluss von Lehren des deutschen Rechtskreises[242] ist es französischen Gelehrten gelungen, einige Aspekte der Kausalität zu klären. Zwei Auffassungen von Verursachung haben sich als besonders einflussreich erwiesen. Nach der ersten Theorie werden Schäden durch eine Anzahl von Ereignissen verursacht, die auf menschliches Handeln oder Unterlassen sowie auf äußere Umstände zurückgehen. Sobald eines dieser Ereignisse conditio sine qua non des Schadens zu **1/113**

232 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 333.
233 *G. Marty,* La notion de cause à effet comme condition de la responsabilité civile, RTD Civ 1939, 685. Kausalität wird in einer großen Zahl von Dissertationen und in allen Abhandlungen über »responsabilité civile« behandelt: siehe die Hinweise bei *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 332 f.
234 *Honoré,* International Encyclopedia of Comparative Law, Band XI, Teil 7. Siehe auch *K. L. A. Hart/T. Honoré,* Causation in the Law² (1985).
235 *G. Ripert,* Anmerkung D 1945, 237.
236 *B. Starck,* Droit civil, Obligations¹ (1972) Rz 747; *P Esmein,* Le nez de cléopâtre ou les affres de la causalité, D 1964, chr 205.
237 *Honoré,* International Encyclopedia of Comparative Law, Band XI, Rz 49 f und 94–96.
238 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 336.
239 *J. Limpens,* La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé, in: Mélanges offerts à R. Savatier (1965) 539; *D. Philippe,* La théorie de la relativité aquilienne, in: Mélanges Roger O. Dalcq (1994) 467.
240 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 336.
241 Ebendort.
242 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 338.

sein scheint, ist es als Ursache zu betrachten. Natürlich dürfen unerhebliche Ursachen ignoriert werden. Diese Lehre ist als *équivalence des conditions* (Äquivalenztheorie) bekannt[243]. Sie wird von jenen kritisiert, die sich für »proximité des causes« (naheliegende Ursachen) entscheiden und annehmen, dass Verursachung nur im engst verbundenen Ereignis gefunden werden kann, was auf der Grundlage des Zeitfaktors, der Wirksamkeit in der Herbeiführung des schädigenden Ereignisses, der Wahrscheinlichkeit oder der Vorhersehbarkeit festgestellt werden kann[244]. Allerdings hat sich der Gedanke der »causa proxima« in Frankreich nicht als besonders erfolgreich erwiesen, und dasselbe gilt für die Theorien der wesentlichen Bedingung oder direkten Verursachung[245].

1/114 Eine ebenso weit verbreitete Lehre ist die Adäquanztheorie (causalité adéquate)[246]. Unter mehreren Ursachen darf nur jene, welche die objektive Möglichkeit des Ergebnisses in sich trägt, als Ursache im Rechtssinn betrachtet werden. Das ist auf eine objektive Notwendigkeit gegründet und setzt eine Prüfung der Feststellungen im Licht von Naturwissenschaft und Erfahrung voraus[247]. Die Theorie hat den Vorteil, eine Verdünnung von Ursachen zu vermeiden: Äquivalenz von Ursachen scheint in der Tat zu bedeuten, dass jede Ursache für sich unbedeutend ist und Kausalität nur in ihrer Verbindung besteht. Die Betonung von Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts kann allerdings bewirken, dass die Entscheidung stärker normativen Charakter annimmt und von der natürlichen Verursachung abweicht. Sie hat einen starken normativen Unterton, der zu einer Vermischung von Verursachung und Verschulden führen kann[248].

1/115 Keine der beiden Theorien ist logisch oder praktisch voll befriedigend. Äquivalenz der Bedingungen dürfte vorzuziehen sein, wenn zu entscheiden ist, ob Kausalität als Tatsache existiert, doch Adäquanz könnte eher hilfreich sein, wenn das Beweisproblem auftritt[249]. Äquivalenz von Bedingungen ist faktisch exakter in dem Sinn, dass wahrscheinlicher oder vorhersehbarer Schaden nicht notwendigerweise eintritt (es kann Verschulden und adäquate Verursachung vorliegen und doch kein Schaden eintreten), während andererseits wegen einer unglücklichen Verkettung von Ursachen eine normativ ordnungsgemäße Situation zu einem katastrophalen Schaden führen kann. Ein für den Schadenseintritt notwendiger Umstand muss zur Verursachung beigetragen haben. Vorhersehbarkeit oder Wahrscheinlichkeit können Anzeichen von Kausalität sein, während Notwendigkeit feststellt, was man

243 Angeregt durch den deutschen Autor *von Buri* wurde diese Theorie von *P. Marteau,* La notion de causalité dans la responsabilité civile (1913) vertreten.
244 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 340.
245 Ebendort.
246 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 343.
247 Basic Questions I Rz 5/60.
248 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 344.
249 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 345.

beweisen will, und bloße Anzeichen nutzlos macht[250]. Allerdings wird eine Person nicht haftbar gemacht, nur weil ein Kausalzusammenhang notwendig ist; er muss einen geeigneten Weg darstellen zu erklären, warum der Schaden eingetreten ist, als Folge von Verschulden oder eines Mangels der Sache[251]. Wenn es um den Beweis des Vorliegens von Kausalität geht, gibt es zahllose Situationen, wo es fast unmöglich ist zu sagen, dass ohne das Ereignis der Schaden nicht eingetreten wäre. *Viney* und *Jourdain* geben mehrere Beispiele[252]. Wenn ein Patient sieht, dass sich sein Zustand verschlechtert, sind wir dann sicher, dass dies durch die behauptete ärztliche Fahrlässigkeit verursacht wurde? Können wir mit Sicherheit sagen, dass eine Krankheit durch die Nähe eines Atomkraftwerks verursacht wurde, oder dass ein Kraftfahrzeug nicht gestohlen worden wäre, wenn es ordentlich versperrt gewesen wäre, wo es doch nicht allzu schwierig ist, ein versperrtes Fahrzeug zu stehlen? In diesen Fällen werden Vermutungen aufgestellt, die auf Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit beruhen, und damit tritt die Adäquanz der Verursachung in den Vordergrund. Wendet man sich von der Theorie zur Praxis, wird der Ansatz pragmatisch.

B. Kausalität in der Judikatur: ein pragmatischer Ansatz

Die französische Cour de cassation überprüft, wie die Untergerichte das Kausali- **1/116**
tätserfordernis anwenden, und weigert sich zu Recht, es als reine Tatsachenfrage zu betrachten, deren Entscheidung dem Ermessen der Untergerichte überlassen werden könnte. Wissenschaftliche Auseinandersetzungen zeigen, wie die Kausalität Tatsachen mit Normen verknüpft. Der einzige Aspekt, den die Cour de cassation gelegentlich dem Ermessen der Untergerichte überlässt, ist der Beweis der Kausalität[253], was nicht bedeutet, dass das oberste Gericht in der Beweisfrage völlig auf sein Prüfungsrecht verzichtet[254]. In ihrer neueren Judikatur hat die Cour de cassation betont, dass sich der Kausalitätsbeweis auf Tatsachen und Umstände stützen kann, von denen Richter Vermutungen ableiten können, typischerweise in Fällen ärztlichen Fehlverhaltens, wo die Angelegenheiten einen stark naturwissenschaftlich-technischen Charakter tragen[255].

250 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 346.
251 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 346-1.
252 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 347.
253 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 349 Anmerkung 51 zitiert mehrere Fälle, darunter Cass Civ 2, 14. Juni 1995, Bull Civ II, Nr 187.
254 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 349.
255 Cass Civ 1, 26. September 2012, Bull I Nr 187, Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 20–26. Cass Civ 3, 18. May 2011, Bull III Nr 80, Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2011, 216, Rz 12–22.

1/117 Es können zahlreiche Fälle angeführt werden, in denen die Cour de cassation ihr Überprüfungsrecht ausübt[256]: Sie handelt dabei sehr pragmatisch und vermeidet, Aussagen in der Form allgemeinverbindlicher Rechtssätze oder allgemeiner Feststellungen zu treffen[257]. *Viney* und *Jourdain* stellen fest, es bedürfe sorgfältiger Analyse und Vergleichung der zahlreichen Fälle, um Inhalt und Grenzen der Kausalitätsentscheidungen zu verstehen[258]. Sie merken an, dass die Aufgabe dadurch kompliziert werde, dass das Gericht dazu neige, in seinen Entscheidungen Verschulden und Kausalität zu vermengen, besonders wenn es behaupte, dass Untergerichte »das Vorliegen (oder das Fehlen) von Verschulden und Kausalzusammenhang mit dem Schaden festgestellt (oder nicht festgestellt) haben mögen«[259]. Das ist ein weiterer Bereich, in dem die Knappheit der Entscheidungen des höchsten Gerichts für den Interpreten nicht hilfreich ist, doch sie lässt Raum für erforderliche praktische Anpassungen.

1/118 Französische Gerichte werden eine Haftung in jedem Fall ausschließen, in dem bewiesen werden kann, dass ohne den behaupteten Umstand der Schaden trotzdem eingetreten wäre[260]. Der Umstand wird jedoch als Ursache angenommen, wenn er den Schaden erhöht hat (aggravation du dommage)[261]. Um als Ursache zu gelten, muss das Ereignis zum Eintritt oder zur Erhöhung von Schaden beigetragen haben. In der Regel können alle Bedingungen, die für den Eintritt oder die Erhöhung des Schadens notwendig waren, als kausal betrachtet werden. Dass auch eine äußere Ursache hinzugetreten ist, hindert die Haftung des Täters nicht, sofern sein Handeln ebenfalls eine conditio sine qua non dargestellt hat. Im berühmten Fall des Untergangs des Dampfschiffs Lamoricière[262] wurde der Schiffseigentümer, den Verschulden traf, da er während eines Sturms auf See minderwertige Kohle verwendete, zum Teil entlastet (zu 4/5), da ein Sturm zum Schaden beitrug. Neuere Entscheidungen haben unter ähnlichen Umständen eine Entlastung verweigert und den Täter voll haften lassen (responsabilité intégrale), da es sich um Fälle handelte, in denen die äußeren Umstände vorhersehbar und verhinderbar gewesen sind, und nicht »force majeure« dargestellt haben[263].

---

256 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 349, Anmerkungen 53 und 54.

257 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 350.

258 *Dieselben.*

259 *Dieselben,* in fine.

260 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 353 und die zahlreichen Fälle, in denen sich Gerichte auf die »conditio sine qua non« berufen.

261 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 353-1, unter Hinweis auf Cass Civ 1, 29. Jänner 1985, Gaz Pal 1985, 1, 264, wo sich auf Grund von Verschulden seitens eines Hoteldirektors ein Feuer unbekannten Ursprungs ausbreiten und die Opfer schädigen konnte.

262 Cass Com, 19. Juni 1951, Sirey (S) 1952, 1, 89 Anmerkung *R. Nerson,* D 1951, 717, Anmerkung *G. Ripert,* RTD Civ 1951, Bemerkungen *H. Mazeaud.*

263 Cass Civ 2, 30. Juni 1971, Bull Civ II, Nr 240 wo bei einem Unfall, der durch die vereiste Fahrbahn verursacht wurde, die gesamte Verantwortung dem Lenker aufgebürdet wurde, in dessen Obhut sich das Fahrzeug befand. Siehe dazu *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³

Wenn mehrere Ursachen hintereinander eintreten, lässt sich die französische Judikatur nicht vom Gedanken der nächstliegenden Ursache leiten[264]. Man kann jedoch Entscheidungen finden, in denen die zeitlich nächstliegende Ursache als Auslöser voller Haftung betrachtet wird, etwa wenn ein Krankenwagen, der ein Opfer befördert, das in einem ersten Unfall verletzt worden war, in einen zweiten Unfall gerät, der den Tod des Opfers verursacht: die Vorschädigung wurde nicht berücksichtigt und den zweiten Lenker traf volle Haftung[265]. In komplexeren Fällen mit multiplen Ursachen scheint das Verschulden gegenüber der Verursachung in den Vordergrund zu treten. Das war deutlich der Fall in einer Situation, in der zwei Lenker, von denen einer alkoholisiert war, auf einer Landstraße aufeinander zurasten[266]. Als der alkoholisierte Lenker ein anderes Fahrzeug überholte, überholte der zweite »Raser« aus der dritten Position und kollidierte mit dem Fahrzeug seines Gegners, den er überholte, und mit einem dritten Fahrzeug, das ihm entgegenkam. Der Unfall führte zu einer Anzahl von Toten und Verletzten, insbesondere hinsichtlich der Insassen der Fahrzeuge der Beklagten und eines der beiden »Raser«, der selbst den Tod fand. Ein Strafverfahren wurde gegen den überlebenden »Raser« eingeleitet und die zivilrechtlichen Ansprüche der Opfer wurden vor dem Strafgericht verhandelt. Das Berufungsgericht fand den Beklagten nicht schuldig, da es schwierig erschien, einen Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem verursachten Schaden festzustellen. Die Richter entschieden, dass der überlebende fahrlässige Lenker auf eine »normalere« Weise überholt habe als sein Gegner, der dann mit ihm kollidiert war, und durch das Verhalten seines Freundes »verleitet« worden sei. **1/119**

Die Cour de cassation hat diese Argumentation nicht akzeptiert. Das Gericht entschied, dass die verschiedenen Verletzungen der Straßenverkehrsordnung durch den Beklagten einen »globalen Charakter« hatten, der »automatisch im unteilbaren Zusammenhang der beschriebenen Handlungen seinen Niederschlag fand«. Das Berufungsgericht hätte erwägen sollen »ob durch die Teilnahme an einer gefährlichen Tätigkeit und durch die unvernünftige Schaffung eines erheblichen Risikos, dessen Opfer Dritte geworden sind, die beiden Lenker – obwohl es nicht möglich war, die direkte Mitwirkung der jeweiligen Handlungen jedes einzelnen zu bestimmen – ein gemeinsames Verschulden (faute commune) traf, für das [der überlebende »Raser«] die Konsequenzen hinsichtlich der Ersatzleistung **1/120**

Rz 414. Siehe auch Cass Civ 2, 18. März 1998, Bull Civ II, Nr 97, Kommentar in B. Winiger/H. Koziol/B. A. Koch/R. Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation (2007) 6b/6, Rz 1–9.

264 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 355 und die dort zitierten Fälle.

265 Cass Crim, 14. Juni 1990, Bull Crim, Nr 244, Kommentar in Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation 11/6, Rz 12–16.

266 Cass Crim, 5. Jänner 1988, Bull Crim, Nr 7, Kommentar in Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation 5/6, Rz 1–15.

tragen sollte.« Der Überlebende sollte Schadenersatz für das Ergebnis der gemeinsamen Handlungen beider Lenker leisten, da »faute commune« im französischen Recht Solidarhaftung auslöst.

1/121 Ähnlich wird, wenn ein Unfall durch ein gestohlenes Fahrzeug verursacht wird, unter Umständen, in denen die Fahrlässigkeit des Eigentümers den Diebstahl erleichtert hat, das Verschulden des Diebs der Fahrlässigkeit des Eigentümers vorgehen, so dass das Verschulden des Diebs als Ursache des Schadens anerkannt wird[267]. Von daher kommt der Gedanke des kausalen Verschuldens (faute causale), der von *Dejean de La Bâtie* entwickelt wurde und eine starke Verbindung von Verschulden und Verursachung herstellt[268]. Das führt uns zurück zur Idee der Adäquanz, die auch bei Fällen von verschuldensunabhängiger Haftung anzutreffen ist. Wenn der Schaden durch eine Sache verursacht wird, die in jemandes Obhut steht, wird die kausale Rolle der Sache in Bezug auf den Schaden vermutet, wenn die Sache in Bewegung war (zB Schadensverursachung durch ein Fahrrad), da sie bei der Herbeiführung des Schadens eine »aktive Rolle« gespielt haben muss. Wenn die Sache nicht in Bewegung ist, muss man beweisen, dass die Sache abnormal war. In einem neueren Fall[269] wurde das Opfer dadurch verletzt, dass es gegen den zehn Zentimeter hohen Randstein aus Beton stieß, der den Parkplatz vom Fußgängereingang des Einkaufszentrums trennte. Das Opfer klagte die Eigentümer des Zentrums unter Art 1384 Abs 1 Code civil mit der Behauptung, die Ursache sei der Randstein, also eine Sache in der Obhut der Eigentümer. Der Anspruch wurde abgewiesen und die Cour de cassation bestätigte: der Randstein war in gutem Zustand, weiß gestrichen und daher für eine gewöhnlich aufmerksame Person sichtbar, und man konnte die Geschäfte erreichen, ohne ihn zu übersteigen. Die Schlussfolgerung war, dass der Randstein beim Sturz des Opfers keine aktive Rolle gespielt hatte. Man kann feststellen, dass damit beinahe entschieden wurde, hinsichtlich der Eigentümer des Einkaufszentrums liege kein kausales Verschulden vor. Die französische Haftung für Sachen kann nicht ganz als strikte Haftung gelten.

267 Unter den zahlreichen Fällen, die in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 357 zitiert werden, siehe Cass Civ 2, 10. Jänner 1962, Bull Civ II, Nr 47, und Cass Civ 2, 21. März 1983, Bull Civ II, Nr 84, wo der Schaden durch ein gestohlenes Flugzeug verursacht wurde.

268 Zitiert in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 358.

269 Cass Civ 2, 29. März 2012, Nr 10-27553, Bull II Nr 66, Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 56–59.

C. Die Abschwächung des Verursachungserfordernisses

In bestimmten Fällen einer Tätermehrheit oder ungewisser Verursachung finden verschiedene Theorien Anwendung, von denen das Verursachungserfordernis abgeschwächt wird[270]. **1/122**

1. Tätermehrheit, kumulative und alternative Kausalität

Die französische Judikatur akzeptiert nicht, dass ein Opfer keinen vollen Ausgleich erhält, nur weil einer oder mehrere Täter nicht identifizierbar sind. Um der Gerechtigkeit willen sucht das französische Recht auch zu vermeiden, dass die gesamte Last der Ersatzleistung auf die identifizierten Täter verlagert wird[271]. **1/123**

Jagdunfälle bilden ein klassisches Beispiel. Eine Rückbesinnung ist erforderlich, wenn man das Recht verstehen will, das auf die Ersatzleistung an Opfer solcher Unfälle Anwendung findet. Opfer müssen entschädigt werden und werden Entschädigung erhalten. Wenn kein Täter identifiziert wird, wird die Entschädigung durch einen Ausgleichsfonds geleistet[272]. Wenn ein Jäger geschossen hat, kann er zur Haftung herangezogen werden, es sei denn, er kann beweisen, dass sein Gewehr in eine andere Richtung gewiesen oder eine andere Art von Munition verschossen hat oder dass es im fraglichen Zeitpunkt defekt gewesen ist. Haftung kann dann andere nicht identifizierte Jäger treffen, oder es kann ein Antrag auf Entschädigung an den Entschädigungsfonds gestellt werden. Wenn mehrere Jäger als Verursacher des Schadens in Frage kommen, können sie nach einer der folgenden Theorien zur Haftung herangezogen werden: Verschuldenshaftung (faute commune, faute collective), wenn sie als Gruppe gehandelt haben und sie gemeinsames Verschulden trifft[273]; Obhut der Kugeln, wenn zwei Gewehre gleichzeitig abgefeuert wurden und mindestens zwei Kugeln das Opfer getroffen haben (gerbe unique)[274]; oder gemeinsame Obhut der Kugeln, die auch strikte Haftung für Sachen nach Art 1384 Abs 1 Code civil auslöst[275]. Wenn nur ein Jäger identifiziert wird, behandelt man diesen höchstwahrscheinlich als voll haftbar, und das **1/124**

270 Basic Questions I Rz 5/73 ff.

271 Diese Erörterung stützt sich oft wörtlich auf *Moréteau* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 141.

272 Ein Entschädigungsfonds wurde 1951 eingerichtet, um Opfer von Kraftfahrzeugunfällen zu entschädigen, bei denen der Täter nicht identifiziert werden kann. Ein Gesetz vom 11. Juli 1966 erstreckte die Leistungen dieses Fonds auf Opfer von Jagdunfällen, bei denen der Täter nicht identifiziert werden kann.

273 So die ältere Literatur ab 1950. Siehe Cass Civ 2, 2. April 1997, Bull II, Nr 112; siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1724.

274 Cass Civ 2, 5. Februar 1960, D 1960, 365, Anmerkung *H. Aberkane*.

275 Cass Civ 2, 9. Oktober 1957, JCP 1957, 10308, Anmerkung *R. Savatier*.

würde nicht als unbillig empfunden, da jeder Jäger gesetzlich zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet ist. Wenn dieser Jäger unversichert oder insolvent ist, kann man sich an den Entschädigungsfonds wenden.

1/125 Ein ähnliches Bild wie der Jägerfall gibt ein neuerer *DES* oder *Distilbène Fall*[276]. Eine Frau litt unter einem Vaginalkarzinom, das dadurch verursacht worden war, dass ihre eigene Mutter während ihrer Schwangerschaft mit Diethylstilboestrol oder DES behandelt worden war. Bezüglich der Einzelheiten der Behandlung wurde kein Beweismaterial gefunden: kein Rezept, keine ärztlichen Aufzeichnungen (der behandelnde Arzt der Mutter war verstorben und die Aufzeichnungen waren verschwunden). Sachverständige haben jedoch festgestellt, dass die Pathologie der Klägerin Folgeerscheinung des Umstands war, dass ihre Mutter während der Schwangerschaft DES eingenommen hatte. Überdies bestätigten die Eltern des Opfers, dass die Mutter zu jener Zeit Distilbène eingenommen hatte, und dies wurde durch einen weiteren Zeugen bekräftigt. Das Opfer klagte UCB Pharma und Novartis, zwei Unternehmen, die damals in Frankreich Diethylstilboestrol erzeugten und vertrieben, das eine unter dem Namen Distilbène, das andere unter einer generischen Bezeichnung. Doch jedermann verwendete damals den Namen Distilbène auch zur Bezeichnung des Generikums DES. Das Opfer konnte nicht beweisen, welches der beiden Unternehmen den Wirkstoff erzeugt hatte, den seine Mutter eingenommen hatte. Die *Cour de cassation* entschied, dass jeder der beiden Beklagten beweisen musste, dass sein Produkt den Schaden nicht verursacht hatte, und stellte damit eine widerlegbare Kausalitätsvermutung auf. Die beiden Produzenten lieferten dasselbe Produkt zur selben Zeit, bildeten jedoch nicht eine Gruppe wie Sportler oder Jäger in den typischen Fällen. Die Entscheidung beruht auf der Wahrscheinlichkeit, dass einer der beiden Beklagten den Schaden verursacht hatte. Die Entscheidung der Cour de cassation deutet auf ein 50:50 Urteil, das unter Umständen nicht gerecht wäre. Im bewussten Zeitpunkt betrug der Marktanteil von UCB Pharma 80 bis 90 %, der von Novartis lediglich 10 bis 20 %. Solidarhaftung soll nicht ausgeschlossen werden, doch der Anteil von Novartis sollte nicht höher liegen als 20 %.

1/126 Interessanterweise kann der Fall nach zwei verschiedenen Bestimmungen der Principles of European Tort Law (PETL) über Verursachung gelöst werden[277]. Er kann als ein Fall konkurrierender Ursachen betrachtet werden: Art 3:102 »Hätte von mehreren Aktivitäten jede allein den Schaden zur selben Zeit herbeigeführt, so wird jede als Ursache angesehen.« Das führt zu Solidarhaftung, denn

276 Cass Civ 1, 24. September 2009, Bull I, Nr 187, D 2010, 49, Anmerkung *P. B.,* RTD Civ 2010, 111, Bemerkungen *P. Jourdain;* Kommentar von *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010, 175, Rz 29–37, der im vorliegenden Text weitgehend (oft wörtlich) wiedergegeben wird.

277 Auch in Basic Questions I Rz 5/84 f erörtert, allerdings im Zusammenhang mit Insolvenz.

es handelt sich um eine Tätermehrheit[278]. Art 3:103(2) (Alternative Ursachen) könnte jedoch besser passen[279]: »Wenn es in Fällen mehrerer Geschädigter ungewiss bleibt, ob der Schaden eines bestimmten Geschädigten durch eine Aktivität verursacht wurde, und es wahrscheinlich ist, dass diese nicht die Schäden aller Geschädigten verursachte, dann wird die Aktivität in jenem Ausmaße als Ursache der Schäden aller Geschädigten angesehen, das der Wahrscheinlichkeit der Verursachung des Schadens eines bestimmten Geschädigten entspricht.« Die European Group on Tort Law war sich einig, dass bei Massenschäden die Beweislast des Opfers nicht zu schwer sein sollte[280], und genau aus diesem Grund erwägt die Cour de cassation, eine Kausalitätsvermutung aufzustellen. Das Gericht ließ offen, ob es sich um Mithaftung oder Solidarität handelt. Alternative Kausalität schließt aus logischen Gründen Solidarität aus[281].

Wir wissen nicht, ob im oben erörterten Fall die Mutter des Opfers nur das **1/127**
Medikament *eines* der beiden in Frage kommenden Hersteller einnahm (alternative Kausalität). Sie wurde während ihrer Schwangerschaft möglicherweise zuerst mit dem Produkt des einen, dann mit dem des anderen behandelt[282], dann läge Mitverursachung vor. Erfreulicherweise führen beide Bestimmungen zur selben Lösung, obwohl die Bestimmung zur alternativen Kausalität eher zu einer Anteilshaftung führt, die für diesen Fall am besten geeignet erscheint. Die französische Cour de cassation hat in Übereinstimmung mit den Principles of European Tort Law entschieden, noch bevor deren französische Fassung durch die »Société de législation comparée«[283] veröffentlicht worden war.

Ein anderer Fall, der am 17. Juni 2010 von derselben Première Chambre ci- **1/128**
vile der Cour de cassation entschieden wurde[284], bestätigt die Bereitschaft des Gerichts, sich auf Kausalitätsvermutungen zu stützen. Ein Mann hatte sich eine Krankenhausinfektion zugezogen. Er hatte sich in zwei Krankenhäusern aufgehalten, doch es war nicht möglich zu beweisen, in welchem er sich tatsächlich die

278 Der Fall ist unter Art 9:101(1)(b) PETL zu subsumieren: »(1) Die Haftung ist gesamtschuldnerisch, wenn der gesamte oder ein bestimmter Teil des Schadens, den der Geschädigte erlitten hat, einer oder mehreren Personen zuzurechnen ist. Die Haftung ist gesamtschuldnerisch, wenn … (b) das selbständige Verhalten einer Person oder ihre Aktivität dem Geschädigten Schaden zufügt und derselbe Schaden auch einer anderen Person zuzurechnen ist.«

279 Unter dem Gesichtspunkt alternativer Kausalität erörtert den Fall *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1732-2.

280 Art 3:103 PETL, Kommentar *J. Spier,* in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law (2005) 49 Rz 9.

281 Solidarität setzt eine Mehrheit von Ursachen voraus: *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1736. Siehe auch Art 9:101(b) PETL.

282 Ärzte verschreiben gelegentlich das Generikum, um Kosten zu sparen.

283 *O. Moréteau* (Hrsg), Principes du droit européen de la responsabilité civile, Textes et commentaires, Übersetzung aus dem Englischen von *M. Séjean* (2011).

284 Cass Civ 1, 17. Juni 2010, Bull I Nr 137, D 2010, 1625 Anmerkung *I. Gallmeister,* RTD Civ 2010, 567, Bemerkungen *P. Jourdain,* JCP 2010, Rz 1015, Sirey 1917, Bemerkungen *C. Bloch*.

Infektion zugezogen hatte. Das Gericht entschied »wenn der Beweis einer Krankenhausinfektion vorliegt, doch die Infektion in verschiedenen Spitälern erfolgt sein kann, muss jedes von denjenigen, deren Haftung geltend gemacht wird, beweisen, dass es die Infektion nicht verursacht hat«. Obwohl die Umstände verschieden sind, hat das Gericht genau diese Entscheidung im Distilbène-Fall getroffen, einem Fall alternativer Kausalität nach den PETL[285].

1/129 In Fällen von Tätermehrheit nehmen französische Gerichte Schadensteilung unter den einzelnen Tätern vor. Sie lassen sie solidarisch haften und teilen dem Opfer, das zum Schaden beigetragen hat, einen Anteil zu, der seinem Verschulden entspricht. Wenn die Anteile der einzelnen Täter nicht feststellbar sind, nimmt das Gericht eine Teilung nach Köpfen vor und lässt die Täter solidarisch haften. Das wird in dem Beispiel deutlich, in dem der Kläger von mehreren Hunden angefallen wird, von denen jeder einem anderen Eigentümer gehört. Sofern nicht einer der Eigentümer beweist, dass sein Hund zu klein war, um eine größere Wunde verursacht zu haben, wird das Gericht keine andere Aufteilung vornehmen. Der Umstand, dass zwei von drei Hundeeigentümern fahrlässig gehandelt haben, ist nach französischem Recht unerheblich. Die Haftung ist strikt und beruht auf Eigentum oder Gebrauch am Tier[286].

1/130 Nehmen wir an, in einem Asbestfall hat ein Opfer fünf Jahre bei einem haftbaren Dienstgeber gearbeitet und zwanzig Jahre bei einem anderen, so kann das Gericht die Ersatzleistung auf der Grundlage der Dauer teilen, sofern nicht gezeigt werden kann, dass die sanitäre Situation bei einem der Dienstgeber erheblich schlechter war als beim anderen. Die *Cour de cassation* wird die Aufteilung als Tatsachenfrage betrachten und keine besondere Richtlinie vorgeben[287].

2. Unsichere Ursachen und Verlust einer Chance

1/131 Französische Gerichte wenden regelmäßig die Lehre vom Verlust einer Chance (perte d'une chance) an, wenn sie der Meinung sind, dass die Tätigkeit des Beklagten dem Opfer die Chance eines günstigen Ereignisses verwehrte, wenn das Opfer nichts unternehmen konnte, um die Situation zu retten. Verlust einer Chance wird als direkter und feststehender Schaden betrachtet. Im französischen Recht befindet man es für praktisch, von der Kausalität zum Schaden zu wechseln[288]. Statt zuzugeben, dass die Verursachung teilweise oder ungewiss ist, und einen

285 Art 3:103 PETL.

286 Art 1385: »Der Eigentümer eines Tieres, oder derjenige, der sich dieses Tieres bedient, während es ihm zum Gebrauch zu seiner Verfügung steht, ist für den Schaden verantwortlich, der durch das Tier verursacht wird, ob es sich unter seiner Obhut befand oder ob es sich verirrt hat oder entlaufen ist«.

287 *Moréteau* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability Rz 20.

288 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 370.

Weg ähnlich wie Art 3:101 bis 3:106 PETL einzuschlagen, betrachten französische Gerichte den Verlust einer Chance als Schadenstypus, der vollen Ersatz findet[289]. Mag diese Vorgangsweise auch von einem theoretischen Standpunkt aus unorthodox aussehen, so dient sie doch einem sehr pragmatischen Zweck, und hat in anderen Ländern Anklang gefunden, sowohl im romanischen als auch im deutschen Zweig der kontinentaleuropäischen Rechtsfamilie[290].

Die Lehre vom Verlust einer Chance findet häufig in Fällen ärztlicher Behandlungsfehler Anwendung. Wie oben ausgeführt[291], ist der Kausalitätsnachweis bei ärztlichen Behandlungsfehlern wegen wissenschaftlicher Ungewissheiten schwierig. In einem neueren Fall[292] wurde in einer Klinik ein Kind mit schweren, multiplen Behinderungen geboren, die von einer neurologischen Störung verursacht waren. Die Eltern klagten den praktischen Arzt und den Gynäkologen, welche die Schwangerschaft begleitet hatten. Sie klagten auch die Klinik, in der die Mutter entbunden hatte, zusammen mit der Hebamme, einer Dienstnehmerin der Klinik. Alle Beklagten wurden wegen Verschuldens oder Fahrlässigkeit während der Schwangerschaft und im Zeitpunkt der Geburt für solidarisch haftbar befunden. Die Beklagten konnten beweisen, dass den Ärzten im fraglichen Zeitpunkt nicht bekannt war, dass die Mutter an einer Vorerkrankung litt, die nach Meinung von Sachverständigen einen entscheidenden, doch nicht messbaren Einfluss auf die Behinderung hatte. Die Cour de cassation entschied jedoch, dass das Verschulden der Beklagten zum Teil den Schaden verursacht habe, und rechtfertigte damit Solidarhaftung für den Verlust einer Chance durch das Kind, einen geringeren Grad an Gehirnschwäche zu erleiden, »ohne Rücksicht auf den Ungewissheitsgrad des ersten Ursprungs der Behinderung«. Auf der Grundlage des Urteils des Untergerichts hatten die Opfer deshalb Ersatz in der Höhe von 75 % zu erhalten. 1/132

Das ist ein typisches Beispiel, in dem der Schaden zu einem bestimmten, aber unbekannten Ausmaß in der Sphäre des Opfers verursacht wurde, da die Mutter unter einer Vorerkrankung litt. Das Problem wurde in der European Group on Tort Law ausführlich erörtert. Art 3:106 PETL lautet: »Der Geschädigte hat seinen Schaden entsprechend der Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden möglicherweise von einer Aktivität, einem Ereignis oder anderen Umständen in seiner eigenen Sphäre verursacht wurde, selbst zu tragen«. Der Kommentar gibt das Beispiel einer ärztlichen Fehlbehandlung, bei der ein Opfer ernsthaft erkrankt ist, »doch die 1/133

289 *Moréteau* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability Rz 2.

290 Basic Questions I Rz 5/93 f.

291 Oben Rz 115.

292 Cass Civ 1, 28. Jänner 2010, Bull I, Nr 19, D 2010, 947, Anmerkung *G. Maitre,* JCP 2010, Rz 474, Anmerkung *S. Hocquet-Berg,* RTD Civ 2010, 330, Bemerkungen *P. Jourdain;* Kommentar von *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010, 175, Rz 20–28, im vorliegenden Text weitgehend (oft wörtlich) wiedergegeben. Siehe auch *Moréteau* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability Rz 23–25.

Krankheit eine ›natürliche‹ Ursache haben könnte. Der Arzt haftet in dem Ausmaß, in dem sein Fehlverhalten die Krankheit verursacht haben kann«[293].

1/134 Die Anwendung der Lehre vom Verlust einer Chance auf unseren Fall führt zu einem ähnlichen Ergebnis. Statt über eine unorthodoxe Anwendung der Lehre zu klagen[294], kann man wohl den Richtern zutrauen, angesichts einer nicht eindeutigen Beweislage eine vernünftige Bemessung des Haftungsanteils vorzunehmen, der dem Beklagten aufzuerlegen ist. In solchen Zweifelsfällen ist sicherlich einer Anteilshaftung gegenüber einem »Alles-oder-nichts«-Ansatz der Vorzug zu geben. Französischer Pragmatismus neigt eher zur Fiktion als zum Beharren auf starrer Rechtsdogmatik.

1/135 Das französische Recht erlaubt nur den Ersatz eines Schadens, der real und gewiss ist[295]. Der Ersatz eines ungewissen zukünftigen Schadens ist nicht zulässig, soweit es sich nicht um den Verlust einer Chance handelt[296]. Die französische Lehre kennt zwei Typen zukünftigen Schadens[297]. Der Schaden ist virtuell (préjudice virtuel), wenn er potentiell als Folge vorwerfbaren Verhaltens eintritt: alle Bedingungen seines künftigen Eintretens liegen bereits vor, ähnlich wie ein Embryo bereits alle notwendigen Elemente der Entwicklung menschlichen Lebens enthält. Der Schaden ist »préjudice éventuel«, wenn sein Eintritt von Umständen abhängt, die eintreten können oder auch nicht, ähnlich der Möglichkeit der Entstehung eines menschlichen Wesens, wenn zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die fortpflanzungsfähig sind, miteinander Geschlechtsverkehr haben. Wenn ein Firmenchef wegen eines Unfalls daran gehindert wird, einen günstigen Vertrag abzuschließen, wird der Verlust des Vorteils als hypothetisch betrachtet, da niemand weiß, ob der Vertrag abgeschlossen worden wäre, wenn der Firmenchef nicht an der Führung der Verhandlungen gehindert worden wäre[298]. Die Grenzlinie ist jedoch schmal und man kann versucht sein zu entscheiden, dass der Firmenchef

293 Art 3:106 PETL, Kommentar *Spier* in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law 58 Rz 13.

294 Siehe *P. Jourdain,* RTD Civ 2010, 330.

295 Die folgenden Abschnitte beruhen auf *Moréteau* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability Rz 26–30.

296 Die *Cour de cassation* akzeptiert unter bestimmten Umständen, dass Ersatz unter einer Bedingung geleistet wird: Ein Patient, bei dem nach einer mangelhaften Bluttransfusion eine HIV-Infektion diagnostiziert wurde, erhielt bedingten Schadenersatz, bei dem Zahlungen vom medizinischen Nachweis abhängig gemacht wurden, dass er als Folge der Kontaminierung AIDS entwickelte: Cass Civ 2, 20. Juli 1993, Bull Civ II, Nr 274, RTD Civ 1994, 107, Bemerkungen *P. Jourdain.* Ähnlich, wenn der Verkauf eines Grundstücks zum Teil wegen eines Fehlers des Notars annulliert wird, ist der Notar nicht verpflichtet, dem Käufer Ersatz zu leisten, sofern dieser nicht beweist, dass er den Kaufpreis vom Verkäufer nicht zurückerlangen konnte, was wieder auf bedingen Schadenersatz hinausläuft: Cass Civ 1, 29. Februar 2000, Bull Civ I, Nr 72, RTD Civ 2000, 576, Bemerkungen *P. Jourdain*.

297 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1414.

298 Cass civ 2, 12. Juni 1987, Bull II, Nr 128, RTD Civ 1988, 103, Bemerkungen *J. Mestre*.

gegenwärtig und gewiss einer günstigen Gelegenheit beraubt war und damit den Test bestanden hat, der von der neuesten Judikatur zur Feststellung des Verlusts einer Chance verwendet wird[299].

Ein Schaden muss tatsächlich und darf nicht bloß hypothetisch sein, wenn **1/136** er als Verlust einer Chance ersetzt werden soll. Das kann in Fällen vorkommen, in denen der Eintritt eines künftigen Schadens ungewiss ist, aber auch wenn der Umfang des künftigen Schadens unbestimmt ist. Statt den geltend gemachten Schaden zu prüfen und ungewisse Verursachung zu untersuchen, nimmt man in Frankreich als erwiesen an, dass der Täter das Opfer der Möglichkeit eines ungewissen Vorteils und Gewinns beraubt hat, und betrachtet diese verlorene Chance als Schaden.

Im Beispiel des Firmenchefs, der am Abschluss eines günstigen Vertrags **1/137** durch einen Unfall gehindert war, ist der Eintritt eines künftigen Schadens ungewiss: niemand kann mit Gewissheit sagen, dass der Vertrag zustande gekommen wäre. Das französische Recht wendet eine Art Anteilshaftung an, wenn Richter finden, dass der Kläger gegenwärtig und gewiss einer günstigen Gelegenheit beraubt wurde. Wie oben erläutert, wird Ersatz anteilsmäßig zugesprochen, dh er wird als Teil der verschiedenen Schadenstypen des Klägers berechnet.

Der Ersatz für eine verlorene Chance in solchen Situationen hat zu keiner un- **1/138** vernünftigen Klagenflut geführt. Andererseits hat der Ersatz für eine verlorene Chance keine feststellbare erhöhte Abschreckungswirkung in der Ausübung juristischer oder medizinischer Berufstätigkeit erzielt. In Zweifelsfällen sind Gerichte mehr als bereit, den Schaden als hypothetisch einzustufen und den Anspruch abzuweisen, wie es schließlich auch im Fall des Firmenchefs geschehen ist.

Fälle, in denen Schaden bereits verursacht worden ist, aber dessen künftiger **1/139** Umfang unbekannt ist, kommen häufig vor. Alle Fälle, in denen das Opfer einen Personenschaden erleidet, der irgendeine Art von Behinderung bewirkt, dürften in diese Kategorie fallen. Der Verlust des Sehvermögens auf einem Auge, der beschränkte Gebrauch eines Armes, der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit stellen zweifellos Fälle eines gegenwärtigen Schadens dar. Es ist jedoch unbekannt, welchen Umfang der Schaden in der Zukunft annehmen wird. Ein junger Mensch, der die Fortpflanzungsfähigkeit verliert, kann einen Lebensstil wählen, bei dem dies keine Rolle spielt, oder er kann die Chance verloren haben, eine kleine oder größere Familie zu bilden. Ein solcher unbekannter Schaden kann als tatsächlich bezeichnet werden, da die Situation zur Zeit der Schadenszufügung besteht. Der Schaden kann als Verlust einer Chance verstanden und behoben werden.

Allerdings werden französische Gerichte einen solchen Schaden wohl als **1/140** »préjudice d'agrément« (entgangene Lebensfreude) betrachten und dafür Ersatz

---

299 Siehe die Erörterung von Cass Civ 1, 28. Jänner 2010 (FN 292) und den Begleittext oben.

zusprechen. Darunter kann der Verlust einer bestimmten Aktivität verstanden werden, wie die Möglichkeit, Sport auszuüben oder Geige zu spielen, wenn das Opfer darin bereits einige Übung hatte[300]. *Geneviève Viney* hat allerdings Bedenken angemeldet, dass ein derart enges Verständnis von préjudice d'agrément »elitär« wäre[301], und sie empfiehlt eine Erweiterung auf die allgemeinen Erwartungen eines normalen Lebens, wie dies die Gerichte gelegentlich ausdrücken[302]. Das ist eine Art immateriellen Schadens, dessen Berechnung natürlich problematisch ist und in den Augen der Parteien nie voll befriedigend sein wird.

300 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1586.
301 *G. Viney,* Responsabilité civile (Chronique d'actualité), JCP 1995, I, 3853, Rz 22.
302 Cass Crim 2. Juni 1964, D 1964, 629 (»joies légitimes que l'on peut attendre de l'existence«); Cass Crim 5. März 1985, Bull Crim, Nr 105, D 1986, 445, Anmerkung *H. Groutel* (»privation des agréments d'une vie normale«).

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Rechtswidrigkeit und Verschulden nach französischem Recht

Aus französischer Sicht ist die Rechtswidrigkeit nicht eine vom Verschulden verschiedene, zusätzliche Voraussetzung, sondern ein Element des Verschuldens. Anders als der italienische Codice civile, der unter deutschem Einfluss die Rechtswidrigkeit ausdrücklich als Haftungsvoraussetzung zusätzlich zum Verschulden verlangt[303], fordert der französische Code civil das Vorliegen von Verschulden, ohne auf Rechtswidrigkeit Bezug zu nehmen[304]. Bei der Erörterung des Verschuldens nehmen Rechtsgelehrte üblicherweise an, dass dieses ein objektives Element enthalte (illicéité, Rechtswidrigkeit), und ein subjektives (imputabilité, Zurechenbarkeit, dh ein moralisches Element)[305]. Neuere Entwicklungen haben Zweifel an der Erheblichkeit oder Nützlichkeit des subjektiven Elements entstehen lassen, da die Rechtsordnung nunmehr auch die Möglichkeit einer Haftung von Kindern und Geisteskranken für rechtswidrige Handlungen in Betracht zieht. Es ist eine Lehre objektiven Verschuldens entwickelt worden, die zu Verwirrung führt: nach Meinung mancher Gelehrter nimmt Verschulden die Bedeutung von Rechtswidrigkeit an oder Rechtswidrigkeit wird zum einzigen Element des Verschuldens[306]. Wie auch immer man die Situation beschreiben möchte, deutet dieser Umstand darauf hin, dass Rechtswidrigkeit das Kernstück der Verschuldenshaftung ist und bleiben wird. **1/141**

Rechtswidrigkeit bleibt auch ein wichtiges Element der verschuldensunabhängigen Haftung für Schadensverursachung durch eine Sache, die man unter **1/142**

303 Art 2043: Jedes vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten, das einem anderen Schaden zufügt, verpflichtet denjenigen, der das schädigende Ereignis verursacht hat, zur Leistung von Schadenersatz. *E. Bargelli,* Italy: in: K. Oliphant/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law: Basic Texts (2011) 135.

304 Art 1382: Jegliche Handlung eines Menschen, durch die einem anderen ein Schaden zugefügt wird, verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, diesen zu ersetzen. Art 1383: Ein jeder ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den er durch seine (vorsätzliche) Handlung verursacht hat, sondern auch für den Schaden, den er durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat.

305 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 442 f; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats[2] 87–98.

306 Siehe dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 6716 f.

seiner Obhut hat, und der Haftung für andere[307]. Aus der Feder eines im französischen Recht ausgebildeten Gelehrten könnte eine solche Behauptung als unannehmbar oder zumindest fragwürdig betrachtet, und in einer studentischen Prüfungsarbeit rot angestrichen werden. Wenn nach französischem Verständnis Rechtswidrigkeit als Element des Verschuldens beschrieben wird, wie kann sie dann eine Rolle in der verschuldensunabhängigen Haftung spielen? Hier hilft die Rechtsvergleichung, Geheimnisse des eigenen Rechtssystems auszuleuchten. Wir werden sehen, dass Rechtswidrigkeit in diesem Zusammenhang eine Schlüsselrolle spielt, wenngleich auf eine indirekte Weise.

A. Rechtswidrigkeit als Kernstück des Verschuldens

1/143 Üblicherweise wird gesagt, Verschulden setze eine Handlung oder Unterlassung voraus, die rechtswidrig (illicite) und dem Täter zurechenbar (imputable) sein muss[308]. Es enthält ein objektives Element, das in der Verletzung einer Pflicht oder rechtlichen Verpflichtung besteht, und ein subjektives Element, das manche Schuld (culpabilité) nennen und andere Zurechenbarkeit (imputabilité), wobei der letztere Ausdruck andeutet, dass die Handlung psychologisch dem Täter zuzuschreiben ist[309]. Mit diesen Gedanken beschäftigt sich eine reiche Literatur mit zahlreichen Kontroversen, und neuere Entwicklungen im französischen Recht haben nicht zur Klärung der Situation beigetragen. In diesem Abschnitt soll nicht versucht werden, in die Debatte einzutreten und Stellung zu beziehen, sondern es sollen zentrale Ideen besprochen und eine unabhängige Analyse der gegenwärtigen Entwicklungen vorgenommen werden.

1. Die Dauerhaftigkeit des objektiven Elements

1/144 *Planiol* hat Verschulden als »die Verletzung einer bestehenden Verpflichtung« definiert[310]. Diese Definition dient als Ausgangspunkt für jede Erörterung des Gegenstandes. Er war der erste französische Gelehrte, der auf der Dimension der Rechtswidrigkeit und der Idee der Pflichtverletzung bestanden hat[311]. Obwohl der französische Code civil eine Sorgfaltspflicht nicht ausdrücklich voraussetzt, wird

307 Art 1384 Abs 1: Man ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den man durch sein eigenes Handeln verursacht, sondern auch für denjenigen, der durch die Handlung von Personen verursacht wird, für die man einstehen muss, oder durch Sachen, die man unter seiner Obhut hat.

308 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 442.

309 *Dieselben.*

310 *M. Planiol,* Traité élémentaire de droit civil[11], Band 2 (1939) Rz 863: »La faute est *un manquement à une obligation préexistante …*«.

311 *Puech,* L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle (1973).

allgemein angenommen, dass Verschulden entweder die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht bedeutet[312] oder die Verletzung allgemeinerer Pflichten, wie jener, sich unter allen Umständen mit Sorgfalt und Fleiß zu verhalten (devoir général de prudence et de diligence)[313]. In dieser Hinsicht wird nach französischem Recht die Verletzung *jeder* zwingenden Rechtsvorschrift als Verschulden betrachtet, und das trifft insbesondere auf Vorschriften zu, die strafrechtliche Sanktionen enthalten[314]. Das bedeutet nicht, dass sich das französische Recht in dieser Hinsicht von Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises unterscheidet, denn Verschulden wird hier als Synonym von Rechtswidrigkeit verwendet, mit einseitiger Betonung des objektiven Elements[315]. Bei Fehlen des subjektiven Elements läge ohnedies keine strafbare Handlung vor, da eine solche nur dann besteht, wenn zusätzlich zum rechtlichen Element (nullum crimen, nulla poena sine lege) das materielle Element in Verbindung mit dem moralischen auftritt, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

Wir können sagen, dass solche Verletzungen *per se* rechtswidrig sind und des- **1/145**
halb Verschulden darstellen, obwohl es richtiger wäre zu sagen, dass sie *Rechtswidrigkeit* darstellen und Haftung nur auslösen, wenn das subjektive Element vorliegt, außer in jenen Fällen, in denen die Rechtsordnung auf das Vorliegen subjektiver Elemente verzichtet, wie etwa in Fällen von Schadensverursachung durch Kinder und Geisteskranke.

Ebenso wird die Verletzung klar definierter subjektiver Rechte als Verschul- **1/146**
den betrachtet, insbesondere wenn solche Rechte starken Schutz genießen[316]: Das betrifft Persönlichkeitsrechte[317] und Sachenrechte[318]. Die Cour de cassation betrachtet die Verletzung solcher Rechte, die im Wesentlichen rechtswidrig ist, entweder als Verschulden (unter Hinweis auf Art 1382), oder als Verletzung eines subjektiven Rechts unter Hinweis auf die Gesetzesstelle, in der dieses Recht begründet wird (Art 9 bezüglich des Schutzes der Privatsphäre, Art 544 bezüglich des Eigentums)[319]. Diese verweisen deutlich auf Rechtswidrigkeit (illicéité), die rein objektiver Natur ist, auch wenn die Gerichte und die Lehre vorzugsweise von Verschulden sprechen. Die Verletzung einer bestehenden Pflicht oder die Beeinträch-

312 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 447 f.
313 *S. Galand-Carval,* Fault under French Law, in: P. Widmer (Hrsg), Unification of Tort Law: Fault (2005) Rz 10.
314 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 448.
315 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 6716.
316 *J. Deliyannis,* La notion d'acte illicite (Dissertation 1951) 82 f, zitiert in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 449.
317 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 449.
318 *Dieselben*.
319 *Dieselben* unter Hinweis auf Cass Civ 1, 5. November 1996, Bull Civ I, Nr 378; Cass Civ 1, 25. Februar 1997, Bull Civ I, Nr 73; Cass Civ 3, 25. Februar 2004, Bull Civ III, Nr 41, durchwegs Entscheidungen, welche Verletzungen der Privatsphäre betreffen.

tigung eines bestehenden Rechtes ist charakteristisch für das Element Rechtswidrigkeit. Das französische Recht verlangt keinen Nachweis eines subjektiven Elements (Zurechenbarkeit), wenn ein Grundrecht verletzt wird, was vernünftig erscheint in Anbetracht der hohen Priorität, die solchen Rechten eingeräumt wird. Die Anerkennung von Persönlichkeitsrechten durch die Lehre[320], gefolgt von der Anerkennung des Schutzes der Privatsphäre im Einleitenden Titel des Code civil[321], hat geholfen, diesen Teil des Rechts zu verdeutlichen. Richter müssen sich nicht mehr auf Art 1382 berufen, um Beeinträchtigungen der Privatsphäre zu sanktionieren, und müssen sich nicht um Zurechenbarkeit bemühen: Rechtswidrigkeit genügt, wenn Persönlichkeitsrechte verletzt werden, und der Hinweis auf Art 9 ist ausreichend. Es ist nicht notwendig, Verschulden nachzuweisen, und nicht einmal das Vorliegen eines Schadens[322], denn der Beweis der Rechtsverletzung eröffnet bereits das Recht auf Entschädigung[323]. Weitere Zusätze zum Code civil haben neue Situationen geschaffen, in denen die Gerichte Unterstützung für direkten Schutz der Menschenwürde, des menschlichen Körpers und seiner Elemente finden können[324].

1/147 Ein nichtfranzösischer Leser würde erwarten, dass Richter bei der Erörterung von solchen Menschenrechtsverletzungen einen Ansatz der Interessenabwägung wählen würden, da solche Verletzungen typischerweise mit der Ausübung eines anderen, ebenso geschützten Rechtes auf Seiten des Täters zusammentreffen. So kann zB der Schutz von Persönlichkeitsrechten wie der Privatsphäre oder des Rechts am eigenen Bild Beschränkungen der Informationsfreiheit oder Pressefreiheit bewirken. In Frankreich sieht man die Dinge anders. Die Medien dürfen Persönlichkeitsrechte nicht ohne vorherige Genehmigung durch den Betroffenen beeinträchtigen, und eine solche Genehmigung wird nie vermutet und immer restriktiv interpretiert[325]. Diese Regeln betreffen Personen des öffentlichen Lebens wie Rockstars oder Politiker ebenso wie gewöhnliche Bürger, das Recht lässt allen

320 *Nerson,* Les droits extra-patrimoniaux (1939).

321 Art 9 (Gesetz Nr 70-643 vom 17. Juli 1970): Jedermann hat das Recht auf Respektierung seines Privatlebens. Unbeschadet einer Ersatzleistung für tatsächlichen Schaden kann das Gericht geeignete Maßnahmen verfügen, wie Zwangsverwaltung, Beschlagnahme und andere, um ein Eindringen in die Intimität des Privatlebens zu verhindern oder zu beenden. Notfalls können diese Maßnahmen durch einstweilige Verfügung angeordnet werden.

322 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1618.

323 Cass Civ 1, 5. November 1996, Bull Civ I, Nr 378, RTD Civ 1997, 633, Bemerkungen *J. Hauser*.

324 Art 16 (Gesetz Nr 94-653 vom 29. Juli 1994): Die Gesetzgebung sichert den Primat der Person, verbietet jegliche Verletzung ihrer Würde, und gewährleistet die Respektierung des Menschen ab dem Beginn des Lebens. Art 16-1 (Gesetz Nr 94-653 vom 29. Juli 1994): Jedermann hat das Recht auf Respektierung seines Körpers. Der menschliche Körper ist unverletzlich. Der menschliche Körper, seine Elemente und seine Produkte können nicht Gegenstand von Sachenrechten sein.

325 CA Paris, 14. Mai 1975, D 1976, 292 (Fall *C. Deneuve).* Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1624.

denselben Schutz angedeihen[326]. Gerichte entscheiden allerdings, dass es nicht unzulässig ist, harmlose Tatsachen mitzuteilen, etwa die Geburt eines vierten Kindes durch Prinzessin Caroline von Monaco[327]. Das Bild einer Person des öffentlichen Lebens (und das betrifft ebenso anonyme Bürger) ist nicht geschützt, wenn es an einem öffentlichen Ort aufgenommen wurde, wo eine solche Person eine berufliche oder öffentliche Verpflichtung wahrnimmt[328], sofern dem Bild Informationscharakter zukommt[329]. Soweit allerdings die Privatsphäre betroffen ist, kann die Allgemeinheit keinen Anspruch auf Information behaupten, zB bezüglich der außerehelichen Beziehungen des Präsidenten der Republik, da diese als ausschließlich private Angelegenheit betrachtet werden[330].

Ebenso stärkt Art 9-1 den Schutz der Unschuldsvermutung[331], indem er etwa **1/148**
die Veröffentlichung des Fotos einer Person in Handschellen zur strafbaren Handlung erklärt[332], obwohl die Allgemeinheit ein Recht auf Information bezüglich eines Strafverfahrens gegen Personen des öffentlichen Lebens hat. Die Franzosen waren schockiert, als sie den früheren Finanzminister, dann Direktor des Internationalen Währungsfonds Dominique Strauss-Kahn in Handschellen gefilmt und fotografiert sahen, als er wegen der angeblichen Vergewaltigung eines Zimmermädchens in einem Luxushotel in Manhattan am 13. Mai 2011 verhaftet und strafrechtlich verfolgt wurde[333]. Missachtung der Unschuldsvermutung wird als Beeinträchtigung der Ehre einer Person betrachtet, die ein Persönlichkeitsrecht bildet und daher unter strengem Schutz steht[334]. Eine sorgfältige Prüfung der gerichtlichen Entscheidungen zeigt allerdings, dass die Pressefreiheit nicht zur Gänze geopfert wird. Die bloße Preisgabe der Identität einer Person, die einer Straftat beschuldigt wird, ist

326 Siehe Art 9 Code civil oben (FN 321).

327 Cass Civ 1, 3. April 2002, Bull Civ I, Nr 110, D 2002, 3164, Anmerkung *C. Bigot*.

328 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1635.

329 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1642.

330 Das Doppelleben des ehemaligen Präsidenten Mitterrand wurde erst am Tag seines Begräbnisses offenbar, als seine uneheliche Tochter Mazarine Pingeot am Trauerzug teilnahm. In jüngerer Zeit hat sich Präsident François Hollande geweigert, öffentlich zu seinem privaten Verhältnis mit der Schauspielerin Julie Gayet Stellung zu beziehen, auf Grund dessen die französische First Lady aus dem Élysée-Palast ausgezogen war.

331 Art 9-1 Code civil (Gesetz Nr 93-2 vom 4. Jänner 1993): Jedermann hat das Recht auf Respektierung der Unschuldsvermutung (Gesetz Nr 2000-516 vom 15. Juni 2000). Wenn vor Erlass eines Urteils eine Person bezüglich der Umstände, die Gegenstand von Vorerhebungen oder einer Voruntersuchung sind, öffentlich als schuldig dargestellt wird, kann das Gericht auch mittels einstweiliger Verfügung und unbeschadet weiterer Ansprüche auf Ersatz des erlittenen Schadens alle Mittel ergreifen, wie etwa die Veröffentlichung einer Gegendarstellung oder die Verbreitung einer Erklärung, um die Verletzung der Unschuldsvermutung auf Kosten der physischen oder juristischen Person, die für diese Verletzung verantwortlich ist, zu beenden.

332 Art 35, Gesetz vom 29. Juli 1881 über die Pressefreiheit, in der Fassung der Verordnung Nr 2000-916 vom 19. Dezember 2000.

333 Dominique Strauss-Kahn: sept jours pour une descente aux enfers, Le Monde.fr, 22. Mai 2011.

334 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1648.

nicht verboten, solange keine Worte gebraucht werden, die deutlich eine Voreingenommenheit gegenüber dem Beschuldigten erkennen lassen[335].

1/149 Damit verbleibt noch ein Problem. Was gilt für die Verletzung allgemeinerer Pflichten, wie der Pflicht, sich unter allen Umständen mit Sorgfalt und Fleiß zu verhalten (devoir général de prudence et de diligence)? Die Schönheit der Generalklausel des Art 1382 liegt in der Befreiung von der Notwendigkeit, nach vorhandenen Texten oder speziellen Delikten zu suchen, wie dies im römischen und vorrevolutionären französischen Recht der Fall war. Der Maßstab ist freilich aus dem römischen Recht entlehnt worden und französische Gerichte berufen sich von jeher auf den *bonus pater familias* (bon père de famille), der in mehreren Artikeln des Code civil erwähnt wird[336]. Der *gute Familienvater* entspricht der »gewöhnlich sorgfältigen und fleißigen Person, die weder extrem aufmerksam noch abnormal nachlässig ist, weder ein Held noch ein Feigling, weder ein reiner Egoist noch ein außergewöhnlicher Altruist, sondern jemand in der Mitte: ein normales menschliches Wesen«[337]. Es wird häufig der Vergleich mit dem *reasonable man* (neuerdings in »reasonable person« umbenannt)[338] des common law angestellt. Die Grünen haben jüngst in der französischen Nationalversammlung den Antrag auf Eliminierung des *bon père de famille-Maßstabs* und seine Ersetzung durch eine Vernünftigkeitsprüfung eingebracht, um einen angeblich sexistischen Hinweis zu entfernen[339]. Der traditionelle Test vermittelt die Idee, dass Menschen an die Interessen ihrer Nachkommen denken sollten. Eine Beseitigung des Hinweises auf Vaterschaft würde die zukunftsorientierte Dimension des Standards eliminieren. Die derzeitige Reform übersieht den Umstand, dass der Hinweis auf Elternschaft ein Versprechen zugunsten des Umweltschutzes ablegt, und die Formulierung »vernünftige Person« keinen Hinweis auf künftige Generationen enthält[340]. Im Augenblick genügt es zu sagen, dass die Cour de cassation den »bon père de famille«-Standard anwendet[341]. Sie verwendet ihn nicht in einer rein abstrakten Weise, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände, so dass er je nach Alter, beruflichen Fähigkeiten und Kenntnissen usw angepasst werden

335 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1649, unter Hinweis auf Cass Civ 1, 10. Oktober 1999, Bull Civ I, Nr 286.

336 Siehe Art 1137 und 1880.

337 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats[2], 89 f. Umfassende Nachweise bei *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 462–472, und *N. Dejean de La Bâtie,* Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français (1965).

338 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats[2] 90.

339 Abstimmung vom 21. Jänner 2014; siehe *O. Moréteau,* Faut-il éliminer le »bon père de famille« du Code civil?, <http://jurexpat.blog.lemonde.fr/> (zuletzt besucht am 20. Februar 2014).

340 *O. Moréteau,* Post Scriptum to Law Making in a Global World: From Human Rights to a Law of Mankind, 67 Louisiana Law Review, 1223, 1228 (2007). Siehe auch *O. Moréteau,* Le standard et la diversité, in: M. Bussani/M. Graziadei (Hrsg), Law and Human Diversity (2005) 71.

341 Cass Civ 1, 7. Juli 1992, Bull Civ I, Nr 222.

kann[342], ganz ähnlich dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab, der sich in den PETL findet[343].

Regelkonformes Verhalten (wie bei sportlichen Tätigkeiten) schützt den Täter nicht unbedingt vor Haftung, da die Richter der Meinung sein können, das Verhalten habe nicht den Sorgfaltsstandard erreicht und sei deshalb rechtswidrig[344]. Ebenso kann die Ausübung eines subjektiven Rechts als missbräuchlich erachtet werden (abuse of right; abus de droit), wenn es sich um ein boshaftes und unangemessenes Verhalten handelt[345], selbst wenn das betreffende Recht starken Schutz genießt[346]. Das Vorliegen von böser Absicht oder Vorsatz führt uns zum subjektiven Element. **1/150**

2. Der Rückzug des subjektiven Elements

Das subjektive Element des Verschuldens liegt in der Wahrnehmung des Täters von seiner eigenen Handlung[347]. Französische Autoren sind fast ausnahmslos der Auffassung, dass Verschulden notwendigerweise ein subjektives Element enthalte, das von manchen als »moralisch«, von anderen als »psychologisch« bezeichnet wird[348]. Welches Wort man auch immer verwenden will: die Tradition geht auf das kanonische Recht zurück[349], und beruht auf den philosophischen Grundlagen zivilrechtlicher Haftung und der Vernunftidee, wie von *Pothier* im 18. Jahrhundert **1/151**

---

342 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 90 f, mit Beispielen aus dem Sport.

343 Art 4:102: (1) Der erforderliche Sorgfaltsmaßstab bestimmt sich nach dem Verhalten einer vernünftigen Person unter den gegebenen Umständen und hängt insbesondere ab von der Natur und dem Wert der betroffenen geschützten Interessen, von der Gefährlichkeit der Aktivität, von der von einer sie durchführenden Person zu erwartenden Sachkunde, von der Vorhersehbarkeit des Schadens, vom Naheverhältnis oder der besonderen Beziehung zwischen den Betroffenen, sowie von der Verfügbarkeit und den Kosten vorbeugender oder alternativer Verhaltensweisen. (2) Wenn von jemandem wegen seines Alters, seiner geistigen oder körperlichen Behinderung oder wegen besonderer Umstände nicht erwartet werden kann, dass er diesem Standard entspricht, kann dieser entsprechend gemildert werden.

344 Cass Civ 2, 10. Juni 2004, Bull Civ II, Nr 296, RTD Civ 2005, 137 Bemerkungen *P. Jourdain.* Umgekehrt kann ein Gericht entscheiden, dass keine Rechtswidrigkeit vorliegt, obwohl die Spielregeln verletzt worden sind, wozu es dann neigen wird, wenn es sich um eine im Wesentlichen technische Regel handelt: Cass Civ 2, 13. Mai 2004, Bull Civ II, Nr 232.

345 Der Code civil von Quebec enthält eine ausgezeichnete Bestimmung über Rechtsmissbrauch, welche Kriterien enthält, die völlig dem französischen Recht entsprechen. Art 7: Kein Recht darf in der Absicht ausgeübt werden, einem anderen Schaden zuzufügen, oder in einer übermäßigen und unangemessenen Weise, die den Anforderungen von Treu und Glauben widerspricht.

346 Wie etwa das Eigentumsrecht: siehe den berühmten Fall *Clément-Bayard,* Cour de cassation, Chambre des requêtes (Cass Req) 3. August 1915, Dalloz Périodique (DP) 1917, 1, 79.

347 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats² 94.

348 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 444 mit Hinweis auf *Savatier, Esmein, Rodière, Starck, Carbonnier*.

349 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 444.

vertreten[350]. Volles Bewusstsein, in Verbindung mit der Fähigkeit zu verstehen, was getan wird, bewirkt, dass die Handlung dem Täter zurechenbar (imputable) ist[351]. Diese Sicht entspricht einem philosophischen Ansatz der »Willensfreiheit« (libre arbitre). Sie beherrscht noch immer die französische Lehre und öffentliche Meinung, trotz energischer Angriffe in der Lehre seit den 1930er Jahren. Nach »objektivistischen« Theorien ist Rechtswidrigkeit ein ausreichendes Element zur Bestimmung des Verschuldens, und Zurechenbarkeit ist nicht erforderlich, mit der Folge, dass juristische Personen ebenso Verschulden treffen kann wie physische Personen[352]. Es überrascht nicht, dass objektivistische Autoren stärker zu einer Risikotheorie als zu Verschulden als Grundlage des Schadenersatzrechts neigen. Man haftet für das geschaffene Risiko (risque créé) oder das Risiko, von dem man profitiert (risque profit)[353].

1/152 Objektive Tendenzen haben im positiven Recht an Boden gewonnen. 1968 wurde eine Bestimmung in den Code civil eingefügt, die Personen, welche Schaden verursachten, während sie an geistigen Störungen litten, voll haftbar machte[354], gleichgültig, ob es sich um Verschuldenshaftung handelte oder nicht[355]. Die Gerichte sind diesem Vorstoß gefolgt, indem etwa die Assemblée Plénière der Cour de cassation 1984 entschied, dass kleine Kinder ohne Einsichtsvermögen auf der Grundlage von Art 1382 für Verschulden haften, und ebenso für Schaden, der von Sachen unter ihrer Obhut verursacht wird, gemäß Art 1384[356].

1/153 Die Betonung der objektiven Seite des Verschuldens wurde zu Unrecht als Triumph des objektivistischen Ansatzes beschrieben[357]. *Viney* und *Jourdain* schlagen eine besser durchdachte Erklärung vor[358]. Das oberste französische Gericht wollte die Arbeit des Gesetzgebers bezüglich Schadenszufügung durch Geistesgestörte aus Gründen logischer Konsequenz auf Kinder erstrecken. Sowohl Geistesgestörte als auch Kinder sollten für ihre rechtswidrigen Handlungen ohne Rücksicht auf

350 *H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf,* Éléments d'une introduction à la philosophie du droit (1976).

351 *Terré/Simler/Lequette,* Droit civil, Obligations[8] Rz 722.

352 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 444, unter Hinweis auf *H.* und *L. Mazeaud, A. Tunc, G. Marty, P. Raynaud, N. Dejean de La Bâtie, F. Chabas, P. le Tourneau* als« objektivistische » Gelehrte.

353 *Viney,* Introduction à la responsabilité[3] Rz 49 f, mit Hinweis auf *R. Saleilles* and *L. Josserand*.

354 Art 489-2 Code civil (jetzt Art 414-3 auf Grund des Gesetzes Nr 2007-308 vom 5. März 2007), eingefügt durch Gesetz Nr 68-5 vom 3. Jänner 1968: Jemand, der einem anderen unter dem Einfluss einer Geistesstörung Schaden verursacht hat, haftet nichtsdestoweniger für Ersatz.

355 Cass Civ 2, 4. Mai 1977, Bull Civ II, Nr 113, D 1978, 393, Anmerkung *R. Legeais,* RTD Civ 1977, 772, Bemerkungen *G. Durry*.

356 Cass Plén, 9. Mai 1984, JCP 1984, II, 20255, Anmerkung *N. Dejean de La Bâtie,* D 1984, 525, Anmerkung *F. Chabas,* RTD Civ 1984, 508, Bemerkungen *J. Huet.* Siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 593.

357 *H.L.J. Mazeaud/F. Chabas,* Leçons de droit civil[8], Band 2.2 (1991) Rz 448. *H. Mazeaud,* La faute objective et la responsabilité sans faute, D 1985, chron 13.

358 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 593.

ihr Einsichtsvermögen haften. Es ist jedoch ungewiss, ob eine solche Symmetrie praktisch sinnvoll ist, und es überrascht nicht, dass die Lösung in der Lehre scharf angegriffen wird. *Viney* bemerkt zu Recht, dass es sich um ein nutzloses Unterfangen handelt, wo doch die meisten Kinder über kein Vermögen verfügen: es wäre viel vernünftiger, die Eltern oder Betreuer zur Haftung heranzuziehen[359]. Wenn eine Klage gegen Kinder zugelassen wird, sollte sie durch die Anforderungen der Billigkeit begrenzt werden, indem wie in den Ländern des deutschen Rechtskreises die wirtschaftliche Lage der Parteien berücksichtigt wird[360]. Im Allgemeinen sind Eltern für Schäden, die von Kindern in ihrer Obhut verursacht werden, haftpflichtversichert, wenn sie eine Haushaltsversicherung abschließen oder gemietete Sachen versichern. Weshalb soll also die Haftung auf das Kind verlagert werden, wenn der Code civil bereits die Eltern für den Schaden haftbar macht, der von ihren Kindern verursacht wird?

Es mag verlockend erscheinen, wie *Muriel Fabre-Magnan* den Schluss zu ziehen, dass die Annahme des Gedankens objektiven Verschuldens die Aufgabe der Bedingung der Zurechenbarkeit bedeute, dass moralische Schuld verschwunden sei, und dass Verschulden im französischen Recht auf bloße Rechtswidrigkeit reduziert sei[361]. Damit würde jedoch eine Initiative der Gesetzgebung und Judikatur weit über ihre beabsichtigten und praktischen Folgen hinaus ausgedehnt. Obgleich nicht ohne Logik, widerspricht diese Schlussfolgerung dem vorwiegend pragmatischen Charakter des französischen Rechts und dem gesunden Menschenverstand der Franzosen, die einem moralischen Verständnis von Schuld zutiefst verbunden bleiben. **1/154**

Zurechenbarkeit hat ganz einfach einen beschränkten Anwendungsbereich und sie wird dann vermutet, wenn das Vorliegen von Rechtswidrigkeit erwiesen ist. Verschulden ist nicht geschrumpft, um einfach Rechtswidrigkeit zu bedeuten, außer wenn es um den Schutz vorrangiger Rechte wie Eigentum und Persönlichkeitsrechte geht, oder in jenen wenigen Fällen, wo *faute objective* Anwendung findet. Zurechenbarkeit bleibt eine Bedingung in der überwiegenden Zahl der Fälle, die auf der Grundlage der Art 1382 und 1383 entschieden werden. In rechtsvergleichender Sicht widerspricht das französische Recht nicht den anderen Rechtssystemen, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte. Französische Juristen mögen sagen, dass Verschulden Rechtswidrigkeit und Zurechenbarkeit (freilich in reduzierter Form) einschließe, und das ist aus französischer Perspektive richtig. Von außen betrachtet kann mit Sicherheit festgestellt werden, dass Frankreich zwei **1/155**

359 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 593. Für eine umfassende Erörterung siehe *L. Francoz-Terminal/F. Lafay/O. Moréteau/C. Pellerin-Rugliano,* Children as Tortfeasors under French Law, in: M. Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I: Children as Tortfeasors (2006) Rz 113–119.

360 § 829 BGB, § 1320 ABGB; Basic Questions I Rz 6/11.

361 *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats[2] 98.

Voraussetzungen verschuldensabhängiger Haftung kennt: Rechtswidrigkeit (illicéité) und Verschulden (imputabilité), wobei letzteres Vorsatz und Fahrlässigkeit einschließt, und in zahlreichen Fällen vermutet wird.

B. Die indirekte Rolle der Rechtswidrigkeit bei verschuldensunabhängiger Haftung

1/156 Verschuldensunabhängige Haftung hat im Gefolge des Falls *Jand'heur*[362] im französischen Recht stark an Boden gewonnen, indem bestätigt wurde, dass die Haftung für eine Sache, die sich in jemandes Obhut befindet, nicht auf Beweislastumkehr beruhe, sondern dass nur der Nachweis von höherer Gewalt zur Haftungsbefreiung führen könne. Sie wurde durch Sondergesetze erweitert, die strikte Schadenshaftung auferlegt haben, wo ein Kraftfahrzeug involviert war[363] oder Schaden durch ein mangelhaftes Produkt verursacht wurde[364]. In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, dass diese Entwicklungen die Rechtswidrigkeit im französischen Schadenersatzrecht nicht marginalisiert haben. Selbst wenn es von der Verschuldenshaftung abweicht (wobei die Entwicklung verschuldensunabhängiger Haftung als Zentrifugalkraft wirkt), neigt das französische Schadenersatzrecht kaum zu völlig strikter oder absoluter Haftung, denn eine solche existiert nur kraft Spezialgesetzgebung[365]. Wenn französische Gerichte die Haftung auf Art 1384 stützen und behaupten, dass die Haftung auf Schadensverursachung durch eine Sache beruhe, die unter jemandes Obhut steht, so akzeptieren sie, dass Haftung dadurch gemindert werden könne, dass das Verschulden des Opfers berücksichtigt wird (wobei die Berücksichtigung des Verschuldens des Opfers eine zentripetale Kraft entfaltet). Anteilshaftung führt in solchen Fällen die Gerichte zur indirekten Anwendung eines Mitverschuldensansatzes. Die vorliegende Darstellung wird von der üblichen französischen Lehre abweichen, welche die Haftung für Schadensverursachung durch eine Sache, die sich unter jemandes Obhut befindet, als *verschuldensunabhängige Haftung* (responsabilité sans faute) versteht, und wird zeigen, wie Verschulden und Rechtswidrigkeit auf subtile und indirekte Weise wieder eingeführt werden.

362 Cass Réun, 13. Februar 1930, DP 1930, 1, 57, Anmerkung *G. Ripert,* S 1930, 1, 121, Anmerkung *P. Esmein.* Siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 632.

363 Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985.

364 Gesetz Nr 98-389 vom 19. Mai 1998.

365 Wie etwa strikte Haftung im Fall von Verkehrsunfällen (Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985) und Produkthaftung (Gesetz Nr 98-389 vom 19. Mai 1998).

1. Die Rückkehr des Verschuldens unter verdecktem Mitverschulden

Artikel 1384 handelt von Haftung für andere (Eltern für ihre Kinder, Dienstgeber für Dienstnehmer, usw)[366] sowie von Haftung für Schaden, der von einer Sache verursacht wird (zB von Tieren oder einstürzenden Gebäuden)[367]. Er beginnt mit einem Absatz, der einleitenden Charakter haben sollte: »Man ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den man durch sein eigenes Handeln verursacht, sondern auch für denjenigen, der durch die Handlung von Personen verursacht wird, für die man einstehen muss, oder durch Sachen, die man unter seiner Obhut hat«. Es gibt Hinweise, dass die Verfasser des Code civil nie die Absicht hatten, diesem Satz normative Kraft zu verleihen, so sehr waren sie bestrebt, Haftung auf Verschulden zu gründen[368]. Doch 1896 *(Teffaine-Fall)*[369] hat die Cour de cassation entschieden, dass dieser Absatz ein autonomes Haftungsprinzip für Schadensverursachung durch eine Sache enthalte, und damit eine Ausnahme von der Verschuldenshaftung des Art 1382 bewirkt, da die Partei, in deren Obhut die Sache war, auf Grund eines verborgenen Mangels der Sache haftbar sein konnte. Im Fall *Teffaine* wurde Schaden durch die Explosion des mangelhaften Motors eines Schleppschiffs verursacht. Später wurden Versuche unternommen, den Anwendungsbereich der neuen Theorie auf »Verursachung durch eine Sache« (Explosion eines Heizkessels, mangelhafte Bremsen in einem Fahrzeug) einzuschränken, gegenüber dem vormaligen »Verhalten einer Person« (Schaden, der vom Lenker eines Fahrzeugs verursacht wurde). Im berühmten *Jand'heur-Fall* wurde ein Kind von einem Lastkraftwagen überfahren. Untergerichte haben die Anwendung von Art 1384 ausgeschlossen, da der Schaden nicht durch einen Mangel am Fahrzeug, sondern durch das Verhalten des Lenkers verursacht worden sei. Die Cour de cassation verwarf die Entscheidung und bestand darauf, dass der Artikel keine Unterscheidung treffe, ob der Umstand, dass die Sache Schaden verursacht habe, das Ergebnis des Verhaltens einer Person gewesen sei oder nicht[370]. Ab diesem Zeitpunkt fand Art 1384 auf alle von Kraftfahrzeugen verursachten Unfälle Anwendung, einfach wegen des Umstands, dass eine Sache (das Fahrzeug) in Berührung mit dem Opfer Schaden verursacht hat. Offensichtlich wird diese Lösung nicht mehr auf Verkehrsunfälle angewendet, die nunmehr einer speziellen Regelung durch das Gesetz vom 5. Juli 1985 unterliegen. Allerdings bleibt Art 1384 auf alle anderen **1/157**

366 Art 1384 Abs 2 bis 7 Code civil.

367 Art 1385 und1386 Code civil.

368 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 628. Einen Überblick gibt *F. Leduc* (Hrsg), La responsabilité du fait des choses; réflexions autour d'un centenaire (1997).

369 Cass Civ, 18. Juni 1896, S 1897, 1, 17, Anmerkung *A. Esmein,* D 1897, 1, 433, Anmerkung *R. Saleilles*.

370 Cass Réun, 13. Februar 1930, DP 1930, 1, 57 Anmerkung *G. Ripert,* S 1930, 1, 121, Anmerkung *P. Esmein/L. Josserand,* La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation, Dalloz Hebdomadaire (DH) 1930, 25.

Sachen anwendbar, gleichgültig, ob die Schadenszufügung durch die Sache durch menschliches Verhalten ausgelöst wurde oder nicht.

1/158 Sobald die Schadensverursachung durch die Sache feststeht und die Person, in deren Obhut sie steht, identifiziert ist[371], ist letztere haftbar, sofern sie nicht nachweist, dass der Schaden durch eine äußere Einwirkung hervorgerufen worden ist, die als höhere Gewalt (force majeure[372]) einzustufen ist, dh sie muss unvorhersehbar und unwiderstehlich gewesen sein. Dabei kann es sich um die Handlung eines Fremden oder um einen Zufall handeln, oder auch um ein Verhalten des Opfers[373]. Höhere Gewalt bewirkt völlige Haftungsbefreiung der Person, welche die Sache in ihrer Obhut hat. Haftung kann allerdings auch auf Grund von Verschulden des Opfers gemildert werden, selbst wenn dieses vorhersehbar und vermeidbar gewesen ist[374]. Das bedeutet, dass Haftung geteilt werden kann, angeblich ausschließlich auf der Grundlage der Berücksichtigung von Fahrlässigkeit seitens des Opfers. Das betrifft zB das Verschulden einer Dame, die einen Passagier begleitet und aus dem Zug aussteigt, als dieser bereits in Bewegung ist, und dadurch verletzt wird[375], oder die Handlung einer Person, der Zugang zu einem öffentlichen Ort verwehrt wird, und die daraufhin heftig gegen eine Glastür stößt, wodurch diese bricht und die Person durch die Türe verletzt wird[376]. Man kann in solchen Fällen nicht offen von Mitverschulden sprechen, da Gerichte das Verschulden der Partei, die Obsorge hat, nicht erörtern dürfen, ohne die Aufhebung ihres Urteils durch die Cour de cassation zu riskieren. Man kann allerdings mit gutem Grund davon ausgehen, dass Richter an Untergerichten versucht sein werden, den Grad von Fahrlässigkeit auf beiden Seiten zu vergleichen. Gleichgültig, ob dies der Fall ist oder nicht, zeigen diese Fälle, dass Verschulden zumindest eine indirekte Rolle bei der behaupteten verschuldensunabhängigen Haftung spielt. Dieser Umstand war vor der Erlassung des Gesetzes aus 1985 über Verkehrsunfälle offensichtlich, als die Haftung auf Art 1384 beruhte. Versicherungsunternehmen, die als Nebenkläger aufgetreten oder in die Rechte der Opfer eingetreten waren, haben in Kollisionsfällen regelmäßig gerichtlich über das jeweilige Verschulden jeder Partei gestritten und in vielen Fällen bewirkt, dass Haftungsteilung vorgenommen wurde[377].

---

371 Vom Eigentümer der Sache wird vermutet, dass er diese in seiner Obhut hat, sofern er nicht beweist, dass ein anderer die Nutzung, Verfügung und Kontrolle über die Sache im Zeitpunkt der Schadenszufügung hatte: Fall *Franck,* Cass Réun, 2. Dezember 1941, Dalloz Critique (DC) 1941, Anmerkung *G. Ripert*.

372 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 702.

373 Siehe die Fälle in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 702.

374 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 702, 426. Cass Civ 2, 8. März 1995, Bull Civ II, Nr 82.

375 Cass Civ 2, 23. Jänner 2003, Bull Civ II, Nr 17, RTD Civ 2003, 301, Bemerkungen *P. Jourdain*.

376 CA Besançon, 8. November 2010, JCP 2011, Rz 166.

377 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 702.

Das hat eine solche Zunahme streitiger Verfahren bewirkt, dass im Sommer 1982 die *Deuxieme Chambre* der *Cour de cassation* entschied, das Verschulden des Opfers könne nicht mehr zu anteiliger Haftungsbefreiung führen und dürfe nicht berücksichtigt werden, sofern es nicht unvorhersehbar und unvermeidbar gewesen sei, in welchem Fall es volle Haftungsbefreiung bewirke[378]. In diesem Fall hatten die beiden Opfer zur Stoßzeit eine vierbahnige Durchzugsstrasse überquert, ohne auf den Fahrzeugverkehr zu achten. Ihre Anwesenheit auf der Straße wurde als vorhersehbar gewertet, und der Lenker wurde auf der Grundlage, dass sich das Fahrzeug in seiner Obhut befand, für voll haftbar befunden. Die Entscheidung verursachte einen Aufschrei und wurde hart kritisiert. Sie löste eine Debatte aus, die zur Erlassung des Gesetzes vom 5. Juli 1985 führte. Kurz nach Erlassung des neuen Gesetzes zog sich die Cour de cassation auf ihre traditionelle Judikatur zurück und gewährte anteilige Haftungsbefreiung auf der Grundlage des Verschuldens des Opfers. Dies erfolgte in einem Fall, in dem das Opfer trotz wiederholter Warnungen unter einem Baum stand, während der Eigentümer mit einer Kettensäge Äste abschnitt, und durch einen herabfallenden Ast verletzt wurde[379], – einem Fall, der eine ideale Grundlage für eine Mitverschuldensentscheidung bot. **1/159**

Die belgische Cour de cassation wählt einen anderen Ansatz. Derselbe Art 1384 Abs 1 findet nur auf Schaden Anwendung, der durch eine mangelhafte Sache verursacht worden ist. Der Beweis des Mangels, der vom Geschädigten erbracht werden muss, erzeugt eine absolute Verschuldensvermutung, die nur durch den Beweis entkräftet werden kann, dass der Schaden durch ein äußeres Ereignis verursacht worden ist[380]. **1/160**

2. Die Rückkehr der Rechtswidrigkeit bei der passiven, aber abnormalen Rolle der Sache

Unter den zahlreichen Debatten über Haftung für Schadensverursachung durch eine Sache findet eine Diskussion darüber statt, ob die Sache bei der Verursachung des Schadens eine aktive Rolle gespielt haben muss. Manche Gerichte verlangen vom Opfer den Beweis, dass die Sache eine aktive Rolle gespielt habe (rôle actif de la chose)[381], während andere diese aktive Rolle zu vermuten scheinen und dem Beklagten gestatten, sich zu seiner Verteidigung auf die passive Rolle (rôle passif de **1/161**

378 Fall *Desmares,* Cass Civ 2, 21. Juli 1982, D 1982, 449 Anmerkung *C. Larroumet,* JCP 1982, II, 19861, Anmerkung *F. Chabas*.

379 Cass Civ 2, 6. April 1987, D 1988, 32, Anmerkung *C. Mouly*.

380 *H. de Page,* Traité élémentaire de droit civil belge[2], Band 2 (1948) Rz 1002. Zu den belgischen Ursprüngen der französischen Judikatur zur Haftung für Schaden, der von einer Sache verursacht wird, siehe *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil[8], Band 2.2, Rz 514.

381 Cass Civ 2, 6. Mai 1993, Bull Civ II, Nr 168.

la chose) zu berufen[382]. Die aktive Rolle scheint vermutet zu werden, wenn sich die Sache in Bewegung befindet oder wenn sie explodiert[383].

1/162 Wenn sich eine Sache nicht in Bewegung befindet (chose inerte), kann trotzdem angenommen werden, dass sie eine aktive Rolle gespielt habe. Vor dem Gesetz des Jahres 1985 war dies der Fall, als ein Kraftfahrzeug auf eine ungewöhnliche Weise geparkt war, so dass andere Lenker überrascht sein konnten, es an dieser Stelle anzutreffen[384]. Die Person, welche die Obsorge für eine Treppe trägt, haftet nach Art 1384, wenn bewiesen wird, dass die Stufen rutschig waren oder die Treppe schlecht beleuchtet[385]. Die Cour de cassation neigt dazu, den Nachweis eines ungewöhnlichen Charakters der ruhenden Sache zu verlangen, die den Schaden »verursacht« hat. In einem neueren Fall[386] wurde ein Fußgänger dadurch verletzt, dass er gegen einen zehn Zentimeter hohen Randstein aus Beton stieß, der den Parkplatz vom Fußgängerzugang zu einem Einkaufszentrum trennte. Da sich der Randstein in einem guten Zustand befand, weiß gestrichen und daher für eine gewöhnlich sorgfältige Person erkennbar war, und da es möglich war, die Geschäfte zu erreichen, ohne den Randstein zu überschreiten, hatte er bezüglich des Sturzes des Opfers keine aktive Rolle gespielt.

1/163 Diese Fälle beweisen eines: Wenn die Sache, von der behauptet wird, sie habe den Schaden verursacht, nicht in Bewegung ist, kann nur dann angenommen werden, sie habe eine aktive Rolle gespielt, und damit Haftung nach Art 1384 ausgelöst werden, wenn sie nicht ordentlich erhalten, angezeigt, bemalt oder abgestellt und daher »abnormal« war. In anderen Worten, die Person, welche eine solche Sache in ihrer Obhut hat, wird nicht zur Haftung herangezogen, wenn sie im Zusammenhang mit ihr nichts Falsches getan hat. Obwohl die Sache in der französischen Judikatur und Lehre nicht in dieser Weise dargestellt wird, muss das Opfer Rechtswidrigkeit beweisen, um Ersatz für einen Schaden zu erlangen, den es durch einen Sturz auf eine Sache erleidet, die nicht in Bewegung ist.

---

382 Cass Civ 2, 10. Jänner 1985, Bull Civ II, Nr 9.

383 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 666.

384 Unter den Fällen in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 674, siehe Cass Civ 2, 22. November 1984, JCP 1985, II, 20477, Anmerkung *N. Dejean de La Bâtie*.

385 Siehe die zahlreichen Fälle in *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 674 Anmerkung 225.

386 Cass Civ 2, 29. März 2012, JCP 2012, Rz 701 Anmerkung *A. Dumery,* Kommentar von *Moréteau* in: Oliphant/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2012, 229, Rz 56–59.

II. Die drei Ebenen der Rechtswidrigkeit im französischen Recht

Wenn es um die Entwicklung rechtsvergleichender Perspektiven geht, kann man einem beweglichen Ansatz zum Verständnis der Rechtswidrigkeit nur zustimmen[387]. *Koziol* schlägt für die Betrachtung fehlerhaften Verhaltens ein dreistufiges Verfahren vor. **1/164**

Die erste Stufe bildet die *Erfolgsunrechtslehre.* Wie *Koziol* schreibt, bezweckt sie den Schutz bestimmter höherwertiger Rechtsgüter wie etwa »das Leben, die Gesundheit, die Freiheit und das Eigentum«[388], und die Verhinderung von deren Verletzung. Aus französischer Sicht spiegelt das die opferorientierte *théorie de la garantie* wider, welche den Gedanken betont, dass die Interessen des Opfers zu schützen sind und Ersatz geschuldet wird, wobei das rechtsethische Element in der Verletzung eines höheren Interesses zu erblicken sei[389]. Im französischen Recht legt dieser Ansatz eine verschuldensunabhängige oder strikte Haftung nahe, die beim Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums bevorzugt zu werden scheint[390]. Sie wird jedoch ausgeschlossen, soweit Ersatz immateriellen Schadens betroffen ist, wo es nötig ist, zu traditionelleren Schadenersatztheorien zurückzukehren. In solchen Fällen kann man von französischer Seite zustimmen, dass »dieses Erfolgsunrecht … noch nicht geeignet (ist), als maßgebendes *schadenersatzrechtliches Zurechnungskriterium* zu dienen«[391], obgleich dieses Erfolgsunrecht die Anerkennung von Abwehrrechten wie Notwehr oder Unterlassungsrechten rechtfertigen kann[392]. Das sollte allerdings nicht zur Annahme verführen, von der *Koziol* auszugehen scheint, dass strikte Haftung kein rechtsethisches Element enthält[393]. Vorrang für den Schutz des menschlichen Lebens auf Landstraßen ist nicht eine rein rechtliche, sondern auch eine moralische Entscheidung. Menschen können nicht leben und sich entwickeln, ohne öffentliche Straßen zu benützen, als Fußgänger, Teilnehmer am öffentlichen Massentransport oder Kraftfahrer. Die Freizügigkeit ist als Grund- oder Menschenrecht anerkannt. Mit der Entwicklung des motorisierten Verkehrs setzen wir uns heutzutage größeren Gefahren aus als jenen, die zur Zeit der Pferdefuhrwerke bestanden haben. Als Reaktion haben Rechtsordnungen wie die Frankreichs, Israels oder Neuseelands **1/165**

387 Basic Questions I Rz 6/6.
388 Basic Questions I Rz 6/7.
389 *Starck,* Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée (1947); *Viney,* Introduction à la responsabilité³ Rz 54.
390 Strikte Haftung bei Kraftfahrzeugunfällen und Schadenszufügung durch mangelhafte Produkte ist in der Tat auf Ersatz für Schaden an Leben, Gesundheit und Eigentum beschränkt.
391 Basic Questions I Rz 6/8.
392 Basic Questions I Rz 6/9.
393 Basic Questions I Rz 6/8.

strikte Haftung und vergesellschaftete Kompensationssysteme eingeführt. Potentielle Täter, die in diesem Umfeld strikter Haftung agieren, kennen die Spielregeln und müssen streng darauf achten, andere nicht der Gefahr eines Personen- oder Sachschadens auszusetzen, wenn sie vermeiden wollen, dass sie für den bloßen Umstand einer Kollision mit einem anderen Fahrzeug oder einem Fußgänger haften müssen. Alle Kraftfahrzeuglenker sind potentielle Täter, die andere schützen und von anderen geschützt werden. Nichtlenker sind rechtlich geschützt, sofern nicht ihr unentschuldbares Verhalten als ausschließliche Ursache des Unfalls betrachtet werden kann[394]. Hier besteht ein starkes Element der Solidarität: wer die Straße mit jemandem teilt, teilt mit ihm auch das Risiko.

1/166 Handeln Fußgänger sorgfältiger in einem Umfeld, in dem die Chancen, Schadenersatz zu erlangen, von Ansprüchen auf der Grundlage von Verschuldenshaftung abhängen? Statistiken der Versicherungsunternehmen bilden ausreichenden Beweis, dass Leute umso sorgfältiger handeln, je kürzer ihre Lebenserwartung ist. Jüngere Menschen neigen ohne Rücksicht auf rechtliche Rahmenbedingungen zu Sorglosigkeit. Sie setzen sich selbst genauso dem Risiko aus wie andere. Am anderen Ende des Spektrums sind ältere Menschen zwar statistisch gesehen sorgfältiger, doch auch gebrechlich und reaktionsschwächer, wodurch sie unfallanfälliger sind. Deshalb bietet das französische Recht stärkeren Schutz für Junge und Ältere, ebenso wie für Behinderte[395]. Die französische Lehre nennt sie besonders geschützte Opfer (victimes superprivilégiées)[396].

1/167 Die zweite Stufe fehlerhaften Verhaltens wird als »Sorgfaltswidrigkeit in der gegebenen Situation« bezeichnet und nach einem objektiven Standard bemessen[397]. Diese Theorie des *Verhaltensunrechts* entspricht der Doktrin der Sorgfaltspflichtverletzung (breach of a duty of care) in den Rechtsordnungen des common law, insbesondere im englischen Recht. Obwohl der französische Code civil eine Sorgfaltspflicht nicht ausdrücklich normiert, wird allgemein anerkannt, dass Verschulden entweder die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht oder die Verletzung allgemeinerer Pflichten bedeutet, wie etwa der Pflicht, sich unter allen Umständen

394 Art 3, Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985.

395 Art 3: »Anderen Opfern als Kraftfahrzeuglenkern ist Ersatz des Schadens zu leisten, den sie aus Körperverletzungen erleiden, und ihr eigenes Verschulden darf ihnen nicht entgegengehalten werden, es sei denn, ihr unentschuldbares Verhalten ist die einzige Ursache des Unfalls gewesen. Liegt das Alter der im vorangehenden Unterabschnitt genannten Opfer unter 16 oder über 70 Jahren, oder sind sie unabhängig von ihrem Alter Inhaber eines Dokuments, das ihnen einen Grad dauernder Behinderung oder Invalidität von mindestens 80 % bestätigt, soll ihnen auf jeden Fall Ersatz für Schaden geleistet werden, der ihnen aus den erlittenen Körperverletzungen entstanden ist. Nichtsdestoweniger soll in den Fällen, die in den vorangehenden zwei Unterabschnitten genannt werden, das Opfer nicht von der Person Ersatz für den aus den Körperverletzungen erlittenen Schaden erhalten, die den Unfall verursacht hat, wenn es den erlittenen Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat.«

396 *F. Chabas,* Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985[2] (1988) Rz 179.

397 Basic Questions I Rz 6/10.

mit Sorgfalt und Fleiß zu verhalten (devoir général de prudence et de diligence)[398], wie bereits oben ausgeführt wurde. Die Verletzung einer bestehenden Pflicht oder die Beeinträchtigung eines bestehenden Rechts charakterisiert das Element der *Rechtswidrigkeit,* das im italienischen Codice civile ausdrücklich verlangt[399] und im französischen Code civil implizit gefordert wird. Die Mehrheit der Gelehrten betrachtet Rechtswidrigkeit (l'illicite) als Voraussetzung[400], womit das französische Recht im Bereich der Verschuldenshaftung die Lehre vom Verhaltensunrecht vertritt. *L'illicite* bildet das objektive Element, und *l'imputabilité* bezieht sich auf »culpa« und stellt das subjektive Element dar[401].

Die dritte Stufe fehlerhaften Verhaltens betrifft die Frage, »ob die objektiv **1/168** sorgfaltswidrige Handlung auch dem konkreten Täter auf Grund seiner subjektiven Fähigkeiten und Verhältnisse vorgeworfen werden kann«[402]. Sie bezieht sich auf die subjektive Dimension des Verschuldens. Es kann nicht bestritten werden, dass es sich hierbei um ein »noch gewichtigeres Zurechnungsmoment« handelt, und das trifft zweifellos auf die zahlreichen Fälle von Verschuldenshaftung zu, die letztlich von Strafgerichten entschieden werden, wenn das Opfer seinen Schadenersatzanspruch vor ein Gericht bringt, das seine Entscheidung auf sehr subjektive Umstände gründet. In allen anderen Fällen neigen französische Gerichte, wie oben in diesem Abschnitt erläutert, zur Vermutung, das subjektive Element liege vor, sobald sie davon überzeugt sind, dass das Verhalten des Täters rechtswidrig war.

III. Schutz gegen unwesentliche Beeinträchtigungen

Typischerweise werden bei minimalen Schäden keine Klagen eingebracht, da die **1/169** Kosten und Mühen der Prozessführung die erwartete Ersatzleistung übersteigen. Einige Leute würden jedoch unabhängig von der Schadenshöhe in jedem Fall klagen wollen, da es ihnen mehr um die Behauptung ihres Rechts geht als um Ersatz in Geld. Das ist üblicherweise dann der Fall, wenn der Schaden durch strafbares Verhalten verursacht wurde und die Anklagebehörde kein Recht hat, die Anklage zurückzuziehen, wenn das Opfer eine Zivilklage eingebracht hat (plainte avec constitution de partie civile). Viele Opfer suchen nach einer Gelegenheit, Stellungnahmen abzugeben und öffentliche Bestätigung dafür zu erlangen, dass sie ein

398 *Galand-Carval* in: Widmer, Unification of Tort Law: Fault 89, Rz 10.
399 Art 2043 Codice civile.
400 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 443.
401 *Dieselben* Rz 442.
402 Basic Questions I Rz 6/12.

Unrecht erlitten haben[403]. Wenn ein Persönlichkeitsrecht verletzt wurde wie Ehre, Privatsphäre oder Bild, wären nicht wenige Opfer mit nominellem Schadenersatz zufrieden, sowie mit der Veröffentlichung einer Darstellung in den Medien, die das Recht verletzt haben[404]. Entschädigung ist nicht ausschließlich eine finanzielle Angelegenheit, insbesondere wenn der Schutz von Nichtvermögensrechten betroffen ist.

1/170 Im französischen Code civil existiert keine *de minimis-Regel.* Auch für kleine Ansprüche muss das Recht verwirklicht werden. De minimis-Standards kommen üblicherweise in der Vertragspraxis vor. Oft werden sie ausdrücklich vereinbart, wie die fünfprozentige Flächenmaßtoleranz beim Verkauf von Immobilien, die von professionellen Verkäufern von zu errichtenden Wohnungen oder Häusern (vente en l'état futur d'achèvement) verlangt wird, oder die drei- bis fünfprozentige Mengentoleranz beim Verkauf von Rohmaterialien und Massengütern. Im Schadenersatzrecht findet in der Regel voller Ausgleich statt (réparation intégrale), was bei Verletzung eines Grundrechts zur Zuerkennung von nominellem Schadenersatz führen kann, dem *symbolischen Euro* (oder vormals dem *franc symbolique).*

1/171 Die Verweigerung von Schadenersatz oder eines Unterlassungsanspruchs bei geringfügiger Beeinträchtigung (trouble de voisinage) wird von manchen als Anwendung der de-minimis-Regel verstanden[405]. Tatsächlich zeigt sie jedoch, dass in einem solchen Fall keine rechtswidrige Störung vorliegt, denn die bekämpfte Störung liegt unter dem gewöhnlichen Belästigungsniveau, die Nachbarn dulden müssen, wenn sie so nahe aneinander wohnen. Der Standard der Störung ist Ungewöhnlichkeit (inconvénients anormaux de voisinage), die allerdings von der französischen Cour de cassation als Tatsachenfrage betrachtet wird, obwohl es sich offensichtlich um eine Rechtsfrage handelt. Wie oben erläutert[406], neigt das oberste französische Gericht dazu, den Bereich zu erweitern, den es als Tatsachenfrage betrachtet, wann immer es seine Prüfungsaufgabe reduzieren will[407]. *Viney* beobachtet, dass die Cour de cassation in der Sache nicht jede Prüfungsbefugnis aufgegeben habe, da sie feststelle, ob die Untergerichte die Ungewöhnlichkeit charakterisieren, und in diese Charakterisierung gelegentlich eingreife[408]. Experten in diesem Rechtsbereich schreiben, dass die Beurteilung *in concreto* vorgenommen werden müsse, unter Berücksichtigung der Art und Qualität der

403 In den USA hat sich eine reiche Literatur zum *victim impact statement* entwickelt, siehe *C. Guastello,* Victim Impact Statements: Institutionalized Revenge, 37 Arizona State Law Journal 1321 (2005).

404 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1620.

405 Basic Questions I Rz 6/19; *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 7183.

406 Oben Rz 1/19.

407 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 7184.

408 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 954.

Örtlichkeit, der Bevölkerungsdichte, des Charakters als reine Wohngegend oder Zone gemischter Verbauung, usw[409]. Während die Festlegung der Toleranzschwelle (le seuil de tolérance) auf sorgfältiger Analyse der Umstände beruhen muss, handelt es sich dabei letztlich um eine Rechtsfrage, die auf Grund eines Maßstabs zu entscheiden ist[410]. In dem Augenblick, in dem man einen Maßstab anlegt, bekennt man sich zu einer objektiven Sicht[411]. Bedeutet das, dass subjektive Eindrücke auszuscheiden sind? Einige Opfer sind stärker lärmempfindlich als andere. In der Regel weigern sich Gerichte, die Anfälligkeit des Opfers zu berücksichtigen, um den Ersatz zu mindern[412]. Das bedeutet nicht, dass sie eine solche Prädisposition nicht berücksichtigen dürfen, um den Ersatzbetrag zu erhöhen, wenn sie überzeugt sind, das Opfer sei empfindlicher[413]. Nehmen wir den Fall eines boshaften Täters, der weiß, dass sein Nachbar besonders lärmempfindlich ist oder an einer Allergie leidet, und das Opfer vorsätzlich durch Lärm oder das Setzen hoch allergener Pflanzen unter dessen Fenster belästigt. Ersatz würde wahrscheinlich zuerkannt, obwohl die Belästigung erheblich unter der Abnormalitätsschwelle liegen kann. Eine solche Entscheidung sollte jedoch eher auf die Generalklausel des Art 1382 gegründet werden oder auf Rechtsmissbrauch als auf die Doktrin des »trouble de voisinage«.

Ersatz unerheblicher Schäden wird oft von den Versicherungsunternehmen **1/172**
verweigert. Die üblichen Versicherungspolizzen enthalten beträchtliche Selbstbehalte (franchise), um die Zahl der Ansprüche zu beschränken. Der Verzicht auf den Selbstbehalt ist eine teure Angelegenheit und wird gelegentlich bevorzugten Kunden eingeräumt. Der Versicherte zieht normalerweise vor, eine reduzierte Prämie zu zahlen. Der Selbstbehalt kann mit einer Kostenbeteiligung verglichen werden, die Patienten auferlegt wird, die nur einen beschränkten Teil der Arztkosten (typischerweise 70 %) refundiert erhalten, obgleich häufig eine Zusatzversicherung abgeschlossen wird, um hundertprozentige Deckung zu erlangen[414].

Das Bestehen eines Selbstbehalts, das wirtschaftlich sinnvoll ist, hindert **1/173**
das Opfer nicht daran, den nicht gedeckten Betrag einzuklagen. Diesbezüglich erscheint die Schwelle von € 500,–, die von der Europäischen Richtlinie 1985 für Schadenersatz wegen mangelhafter Produkte eingezogen wurde, fragwürdig. Frankreich hat die Schwelle nicht als Harmonisierungsbedingung verstanden und hat es vorgezogen, Opfern stärkeren Schutz zu gewähren[415]. Nach einer Klage

409 *Dieselben.*
410 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 953, bezeichnen diese Haftung als »objektiv«, da es sich um die Abnormalität der Belästigung handelt.
411 *Moréteau* in: Bussani/Graziadei (Hrsg), Law and Human Diversity 71.
412 Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 1787.
413 Dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats[9] Rz 7186 f.
414 Langzeitpatienten (longue maladie) haben Anspruch auf hundertprozentige Deckung.
415 Art 1386-2 Code civil wie ursprünglich im Gesetz Nr 98-389 vom 19. Mai 1998 formuliert.

der Europäischen Kommission wurde die Republik Frankreich leider durch den Europäischen Gerichtshof gezwungen, die € 500,– Schwelle einzuführen[416].

IV. Schutz reiner Vermögensinteressen

1/174 Nach *Koziol* wird »von einer Schädigung reiner Vermögensinteressen … dann gesprochen, wenn es um nachteilige Veränderungen des Vermögens geht, die ohne Verletzung sogenannter absolut geschützter Rechtsgüter – also insbesondere der Persönlichkeitsrechte, der dinglichen Rechte und der Immaterialgüterrechte – herbeigeführt werden«[417]. Solche Rechte sollen beschränkten Schutz genießen, »weil es nicht um die Verletzung schon konkretisierter und rechtlich anerkannter Positionen geht«[418]. *Koziol* fügt noch hinzu, dass »die Interessen Dritten nicht erkennbar sind und bei weitergehendem Schutz die Gefahr uferloser Ersatzpflichten bestünde«[419].

1/175 Das französische Recht kennt solche Beschränkungen nicht, und es kennt nicht einmal den Gedanken des reinen Vermögensschadens[420]. Der Code civil enthält keine Definition des ersatzfähigen Schadens, und jeder feststellbare Schaden kann nach französischem Recht ersetzt werden, sofern er gewiss und direkt ist. Es scheint, dass der »horror pleni« einer *unberechenbaren Zahl* von Opfern[421] durch die entsprechende Anwendung von Kausalitätsvoraussetzungen gemindert werden sollte[422]. Das französische Recht behält das Prinzip des vollen Schadensausgleichs bei (réparation intégrale), während es unerwünschte Folgen durch sorgfältige Anwendung anderer Zurechnungselemente vermeidet. Wenn zB in der Stoßzeit ein Kraftfahrzeug kein Benzin mehr hat, in einem stark befahrenen Tunnel stehenbleibt und einen enormen Verkehrsstau verursacht, können sich für Tausende von Menschen Verzögerungen ergeben: manche können günstige Geschäftsabschlüsse versäumen, zu spät zu einer Prüfung erscheinen, Flüge versäumen, oder die letzte Chance verpassen, ein Lotterielos zu validieren. Würde einer von ihnen den fahrlässigen Lenker klagen, der vergessen hatte, vor Antritt der Fahrt zu tanken, würden Gerichte feststellen, der Schaden sei nicht die direkte

416 EuGH, 25. April 2002, C-183/00, D 2002, 1670, Bemerkungen *C. Rondey. Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 776.
417 Basic Questions I Rz 6/47.
418 *Derselbe*.
419 *Derselbe*.
420 *C. Lapoyade Deschamps,* La réparation du préjudice économique pur en droit français, Revue internationale de droit comparé (RIDC) 1998, 367.
421 Basic Questions I Rz 6/49.
422 *Lapoyade Deschamps,* RIDC 1998, 368.

Folge der Fahrlässigkeit des Beklagten, oder, wenn sie Kausalität annähmen, würden sie meinen, es sei lediglich der Verlust einer Chance bewirkt worden, und damit den Ersatz minimieren[423], oder sie könnten entscheiden, das Fahren in einem verkehrsreichen Tunnel bedeute Handeln auf eigene Gefahr.

Ebenso sind Ansprüche indirekter Opfer, die den Verlust von Unterhalt auf Grund des Todes eines Angehörigen beklagen (victime par ricochet) auf jene Personen beschränkt, die persönlich und direkt leiden, wodurch nahe Angehörige und die engsten Freunde eingeschlossen, doch Geschäftspartner oder Gläubiger ausgeschlossen werden[424]. Im Allgemeinen erscheint Kausalität als Hauptbremse gegen unangemessene oder übertriebene Ansprüche zu dienen[425]. **1/176**

All dies zeigt, dass ähnlich wie im common law oder im deutschen Rechtskreis ein nennenswerter Ersatz reinen Vermögensschadens hauptsächlich im Vertragsrechtsbereich zu finden ist, wo er durch den Gesetzgeber im Code civil begrenzt worden ist[426]. Die französische Praxis setzt kein Zeichen, wonach das Prinzip des vollen Schadensausgleichs beschränkt werden sollte, um reinen Vermögensschaden auszuschließen, außer in Vertragsrechtsfällen, in denen bei mangelnder Bösgläubigkeit des Schuldners der Ersatz auf den vorhersehbaren Schaden beschränkt ist[427]. Kausalität und Gewissheit des Schadens erfüllen den Zweck. **1/177**

Interessanterweise fehlt das »Schleusen-Syndrom« in der französischen Rechtsliteratur. Ein solches Syndrom entwickelt sich in jenen Rechtsordnungen, wo der Zugang zu Schadenersatz eng kanalisiert und begrenzt ist[428]. Im common law war die Erlangung von Schadenersatz historisch durch *causes of action (writs)* beschränkt, und später durch bindende Präjudizien. Ohne »writ« gab es keine Klage. Ohne Präjudiz gibt es keinen Rechtsbehelf. Die Schaffung neuer Rechtsbehelfe in neuen Situationen ist natürlich möglich, führt jedoch zu konservativen Reaktionen und zur Angst vor unvorhersehbaren Folgen. Da der Entwicklung des Schadenersatzrechts keine allgemeine oder begriffliche Grenze gesetzt ist, kann diese Angst ihren Lauf nehmen, denn die Entwicklung von Schadenersatzrecht ist theoretisch völlig offen und dehnbar. In Ländern des deutschen Rechtskreises besteht die Tradition, geschützte Interessen zu definieren und einzufächern, doch mit der Möglichkeit, den Schutz auch für manches nicht aufgezählte Interesse zu eröffnen[429]. In dem Augenblick, in dem ein neues Interesse auftaucht, wird das »Schleusen- **1/178**

423 *Derselbe* 371.
424 *Derselbe* 375.
425 *Derselbe* 379 f.
426 *Derselbe* 373 f.
427 Art 1150 Code civil.
428 *J. Gordley,* The Rule against Recovery in Negligence for Pure Economic Loss: An Historical Accident? in: M. Bussani/V. V. Palmer (Hrsg), Pure Economic Loss in Europe (2003) 25, stellt auf S 55 fest, die Regel »sei in Deutschland und England mit einem Argument angenommen worden, das heute nicht mehr überzeugen könnte«.
429 §§ 823 and 826 BGB.

Syndrom« aktiviert. Nach französischem Recht stellt die Generalklausel des Art 1382 den weitest möglichen Rahmen auf, statt enge Kanäle zu graben oder kleine Fächer zu zeichnen. Kanäle müssen vielleicht durch Schleusen kontrolliert werden. Ein System, das so weit ist wie das Meer oder ein großer See ruft kein »Schleusen-Syndrom« hervor. Deshalb können die Franzosen ohne die »zehn Grundregeln der Haftung für reine Vermögensschäden« auskommen[430], obwohl französische Richter und Rechtsgelehrte zweifellos zustimmen würden, dass sie sinnvoll sind. Eine Untersuchung französischer Entscheidungen im Lichte solcher wertvollen Richtlinien könnte erweisen, dass französische Gerichte in ihren Entscheidungen nicht vom gemeinsamen Kern westlicher Rechtssysteme abweichen[431].

V. Haftung für andere

1/179 Obwohl der französische Code civil nicht wie das ABGB vorsieht, »für fremde, widerrechtliche Handlungen, woran jemand keinen Teil genommen hat, ist er in der Regel auch nicht verantwortlich«[432], ist es nach französischem Recht klar, dass Haftung für andere auf jene Fälle beschränkt ist, die im Gesetz vorgesehen sind.

1/180 Art 1384 des französischen Code civil lautet: »Man ist nicht nur für den Schaden verantwortlich, den man durch sein eigenes Handeln verursacht, sondern auch für denjenigen, der durch die Handlung von Personen verursacht wird, für die man einstehen muss« (Abs 1); er bestimmt auch »Vater und Mutter haften, sofern sie elterliche Gewalt ausüben, solidarisch für den Schaden, den ihre minderjährigen Kinder verursachen, die bei ihnen leben« (Abs 4), »Hausherren und Dienstgeber für den Schaden, der von ihren Gehilfen und Dienstnehmern in den Funktionen verursacht wird, für die sie beschäftigt worden sind« (Abs 5), »Lehrer und Handwerker für den Schaden, den ihre Schüler und Lehrlinge in der Zeit verursachen, in der sie unter ihrer Aufsicht stehen« (Abs 6); er befreit in Abs 7 Eltern oder Handwerker, wenn sie »beweisen, dass sie die Handlung, die zu dieser Haftung Anlass gibt, nicht verhindern konnten«[433]; und er verlangt in Abs 8 den Nachweis von Fahrlässigkeit in Zivilklagen gegen Lehrer. In einer Leitentscheidung aus

---

430 Basic Questions I Rz 6/62–72.

431 *Bussani/Palmer* (Hrsg), Pure Economic Loss in Europe (2003).

432 § 1313 ABGB.

433 Die französische Judikatur lässt Eltern strikt (und ohne Befreiungsmöglichkeit) für jeden Schaden haften, den ein minderjähriges Kind verursacht, das bei ihnen lebt, gleichgültig, ob das Kind Verschulden trifft oder nicht: Cass Plén, 13. Dezember 2002, D 2003, 231, Anmerkung *P. Jourdain.* Diese Regel ist kritisiert worden, siehe *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 869 f; *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano* in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I: Children as Tortfeasors 167.

1991[434] entwickelte die Cour de cassation aus Art 1384 Abs 1 ein allgemeines Prinzip der Haftung für andere und machte ein Rehabilitationszentrum haftbar für Schaden, den ein behinderter Patient verursachte, der sich in dessen Betreuung befand, und der bewusst ein Feuer entzündet hatte, das einen Wald zerstörte.

Bezüglich der Haftung für Hilfspersonen ist der Anwendungsbereich von **1/181** Art 1384 Abs 5 sehr allgemein gehalten[435]. In Anwendung der *non-cumul-Regel* kann er nicht außer Acht gelassen werden in Fällen, in denen Haftung aus einer vertraglichen Verpflichtung entstehen kann, da Gerichte sich auch auf den Artikel berufen, wenn sie Vertragsangelegenheiten behandeln[436]: Das französische Recht anerkennt ein allgemeines Prinzip der Vertragshaftung für Handlungen von Hilfspersonen, das die Regel des Art 1384 Abs 5 einschließt[437].

Dass die Haftung des Geschäftsherrn auf *objektivem Fehlverhalten* des Gehilfen **1/182** beruhen muss[438], unterliegt nach französischem Recht keinem Zweifel: Es genügt der Nachweis, dass der Gehilfe in seinem Aufgabenbereich auf solche Weise gehandelt hat, dass er haften würde, wenn er auf eigene Rechnung gehandelt hätte[439]. Der Gehilfe fördert die Interessen des Geschäftsherrn und handelt in dessen Verantwortungssphäre[440]. Frankreich gründet die Haftung des Geschäftsherrn nicht mehr auf dessen vermutetes Verschulden in der Auswahl oder Beaufsichtigung der Hilfsperson[441]. Französische Gelehrte ziehen als mögliche Haftungsgrundlagen die Gedanken des Risikos *(Savatier)*, der Garantie der Rechte des Opfers *(Starck, Larroumet)*, der rechtlichen Vertretung des Geschäftsherrn *(Mazeaud)*, der Billigkeit und der Interessen der Gesellschaft *(Rodière)*, oder der Befehlsgewalt über den Gehilfen *(Julien)* heran[442]. *Viney* fügt die Bedeutung der Solvenz des Geschäftsherrn hinzu und betont, dass die Rechtsordnung über die Person des Geschäftsherrn hinaus das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit ins Auge fasst[443], eine Überlegung, die dem Gedanken der Unternehmenshaftung nahekommt, dem sich die European Group of Tort Law verschrieben hat[444].

Wenn der Schaden durch Verschulden des Gehilfen verursacht worden ist, be- **1/183** steht keine Notwendigkeit, den Gehilfen neben dem Geschäftsherrn zu klagen,

434 *Blieck-Fall,* Cass Plén, 29. März 1991, JCP 1991, II, 21673, Anmerkung *J. Ghestin,* D 1991, 324, Anmerkung *C. Larroumet,* RTD Civ 1991, 541, Bemerkungen *P. Jourdain.* Siehe die volle Diskussion bei *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 789-8 bis 789-30.

435 Art 1385 Abs 5: Hausherren und Dienstgeber, [haften] für den Schaden, der von ihren Gehilfen und Dienstnehmern in den Funktionen verursacht wird, für die sie beschäftigt worden sind.

436 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 791-2 und 813.

437 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 791-2 und 822.

438 Basic Questions I Rz 6/96.

439 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 807.

440 Basic Questions I Rz 6/97.

441 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 791-1.

442 *Dieselben* mit allen Hinweisen.

443 *Dieselben.*

444 Art 4:202(1) PETL. Basic Questions I Rz 6/192.

obwohl das Opfer dazu neigen könnte, dies im Wege einer Adhäsionsklage zu unternehmen, wenn der Gehilfe angeklagt wird[445]. In der Vergangenheit hat die Haftung des Geschäftsherrn den Gehilfen nicht vor der Klage des Opfers geschützt[446]. Im Fall *Rochas*[447] wurde dem Geschäftsherrn der Regress gegen den Gehilfen verwehrt, wenn dieser im Rahmen seines Aufgabenbereichs gehandelt hatte, und der Regress des Geschäftsherrn auf Fälle persönlichen Verschuldens des Gehilfen *(faute personnelle,* außerhalb seines Pflichtenbereichs) beschränkt. Die Entwicklung wurde im Fall *Costedoat* weitergeführt[448]. Bauern hatten ein Unternehmen beauftragt, per Hubschrauber Pflanzenschutzmittel zu versprühen. Der Pilot, ein Dienstnehmer des Unternehmens, flog an einem windigen Tag und bewirkte, dass die Mittel benachbarte Pflanzungen beschädigten. Die geschädigten Eigentümer klagten sowohl den Geschäftsherrn als auch den Piloten, und beide wurden von Untergerichten zur Haftung herangezogen: Der Pilot hatte fahrlässig gehandelt, da er an einem windigen Tag nicht sprühen hätte dürfen. Die Assemblée Plénière der Cour de cassation sprach sich deutlich dagegen aus und entschied, dass ein Gehilfe, der im Rahmen seines Aufgabenbereichs handelt, Dritten gegenüber nicht hafte. *Viney* betont, dass es möglich gewesen wäre, den Gehilfen gegen den Geschäftsherrn zu schützen, ohne die Interessen des Opfers preiszugeben: Immunität gegenüber den Opfern ginge zu weit. Das Opfer sollte einen Anspruch gegen den Gehilfen haben, wenn diesen Verschulden traf, auch wenn er im Rahmen seines Aufgabenbereichs handelte. Die Reichweite der Costedoat-Entscheidung wurde später eingeschränkt, zumindest in Fällen, in denen das Verschulden des Gehilfen auch strafrechtlich relevant war. Die Chambre Criminelle der Cour de cassation gestattete dem Opfer die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs gegen den Gehilfen, wenn dessen Verschulden zwar nicht vorsätzlich, doch schwer genug erschien[449].

1/184 Die Reformvorschläge[450] neigen dazu, die allgemeine Anwendung des Prinzips *respondeat superior* einzuschränken, und sie verfeinern den Gedanken der Haftung für andere, indem sie der Besorgnis entgegenwirken wollen, dass die Beauftragung eines anderen mit einer Aufgabe notwendigerweise zu einer Risiko-

---

445 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 811.

446 *Dieselben.* Geschäftsherr und Gehilfe haften dann solidarisch: Cass Civ 2, 28. Oktober 1987, Bull Civ II, Nr 214.

447 Cass Com, 12. Oktober 1993, D 1994, 124, Anmerkung *G. Viney,* JCP 1995, II, 22493, Anmerkung *F. Chabas,* RTD Civ 1994, 111, Bemerkungen *P. Jourdain*.

448 Cass Plén, 25. Februar 2000, JCP 2000, II, 10295, Anmerkung *M. Billiau,* D 2000, 673, Anmerkung *P. Brun,* RTD Civ 2000, 582, Bemerkungen *P. Jourdain*.

449 Cass Crim, 28. März 2006, JCP 2006, II, 10188, Anmerkung *J. Mouly,* RTD Civ 2007, 135, Bemerkungen *P. Jourdain.* Siehe auch *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law in 2006, 196, Rz 42–47, mit Erörterung von CA Lyon, 19. Jänner 2006, D 2006, 1516, Anmerkung *A. Paulin*.

450 *Moréteau* in: Magnus-FS 77.

erhöhung führe. Eine Beauftragung könne vielmehr das Risiko reduzieren, wenn die Aufgabe einer fähigeren Person anvertraut werde[451]. Der Entwurf *Terré*[452] definiert den Umfang der Haftung für Hilfspersonen in moderner Sprache[453]. Er führt einen dualistischen Ansatz ein und unterscheidet, ob Geschäftsherr und Gehilfe (umbenannt in Dienstgeber und Dienstnehmer) durch einen Dienstvertrag verbunden sind oder nicht.

Wenn ein Dienstvertrag vorliegt, haftet der Dienstgeber, es sei denn, es kann **1/185**
ein Befugnismissbrauch (abus de fonction) seitens des Dienstnehmers bewiesen werden, wenn dieser nämlich ohne Ermächtigung zu einem Zweck tätig wird, der in keiner Verbindung mit seinem Dienstverhältnis steht[454]. Nach derselben Bestimmung haftet der Dienstnehmer für alle Folgen von Vorsatz, was allerdings nicht bedeutet, dass der Dienstgeber in einem solchen Fall stets von der Haftung befreit wird. Die Reformvorschläge schlagen bezüglich der Haftungsbefreiung gegenüber dem Opfer folgende Lösungen vor. Sowohl der Entwurf *Terré*[455] als auch der Entwurf *Catala*[456] schließen die Haftung des Dienstnehmers aus, der im Rahmen seines Dienstverhältnisses handelt, sofern ihn kein Vorsatz trifft. Der Entwurf *Catala* fügt zu Recht eine Ausnahme für Fälle an, in denen das Opfer keinen Ersatz vom Dienstgeber oder von einer Versicherung erlangen kann[457], ein Punkt, den die Principles of European Tort Law offen lassen[458].

Wenn kein Dienstvertrag vorliegt, beruht die Haftung des sogenannten Dienst- **1/186**
gebers auf einer einfachen Fahrlässigkeitsvermutung, bei welcher der Dienstnehmer für sein eigenes Verschulden haftet[459]. Das kommt zumindest teilweise der Besorgnis entgegen, die Anwendung des *respondeat superior-Prinzips* sei in einem solchen Fall nicht immer gerechtfertigt[460].

Ähnlich enthält der Entwurf *Terré* eine interessante strukturelle Änderung, die **1/187**
zwar in der European Group on Tort Law besprochen, aber nicht in die PETL aufgenommen wurde. Haftung für andere wird nicht als Haftungskategorie wie Verschuldenshaftung oder Haftung für das Verhalten von Sachen (fait générateur) betrachtet; sie handelt von Zurechnung von Haftung für Schadenersatz und verlagert

451 Basic Questions I Rz 6/119.
452 Art 17.
453 Die antiquierten Ausdrücke »commettant« und »préposé« werden durch »employeur« und »salarié« ersetzt, während der Entwurf *Catala* diesbezüglich keine Veränderung vornimmt (Art 1359).
454 Art 17 Entwurf *Terré.*
455 Art 17 Abs 3.
456 Art 1359.1.
457 Siehe dazu auch Basic Questions I Rz 6/100.
458 Art 6:102 PETL. Der Dienstnehmer kann in einem solchen Fall allerdings eine Herabsetzung des Umfangs der Schadenersatzpflicht begehren (Art 10:401 PETL).
459 Art 18 Entwurf *Terré*.
460 Basic Questions I Rz 6/120.

die Last auf andere. Der Entwurf beschränkt Haftung für andere auf gesetzlich vorgesehene und jene Fälle, in denen ein Delikt vorliegt[461]. Das bewirkt eine beträchtliche Änderung im Hinblick auf die Haftung von Eltern für die Handlungen ihrer Kinder, die in ihrem Umfang über jene Situationen hinaus ausgedehnt worden war, in denen ein Kind ein Delikt begangen hatte, wobei kleine Kinder für *objektives Verschulden* haftbar gemacht wurden, usw. Man fragt sich, ob der Entwurf nicht zu weit geht, wenn er die Haftung von Eltern auf die »Handlung des Minderjährigen« beschränkt, womit Haftung für das Verhalten von Sachen, Tieren oder Gebäuden ausgeschlossen zu sein scheint, was zu restriktiv wäre[462]. Die Einschränkung findet sich nicht im Entwurf *Catala,* der ansonsten ähnliche Bestimmungen enthält[463]. Bezüglich der Haftung für Hilfspersonen beschränkt der Sichtwechsel das Risiko, dem Geschäftsherrn in Situationen ein Risiko aufzubürden, in denen das Verhalten des Gehilfen nicht rechtswidrig ist[464].

1/188 Der Entwurf *Catala* trifft besondere Vorkehrungen, die Opfern erlauben, juristische Personen zu klagen, welche die Tätigkeit selbständig Berufstätiger regulieren oder organisieren, oder juristische Personen, welche die Tätigkeit anderer kontrollieren, wie Franchisegeber oder Muttergesellschaften[465]. Normalerweise gibt es nach französischem Recht keine Möglichkeit, im Fall eines Werkvertrags Haftung für andere anzuwenden, da Unternehmer unabhängig handeln, ohne Aufsicht über ihre Tätigkeit durch die andere Partei (absence de rapport de préposition)[466]. Dasselbe trifft auf das Mandat zu. In der Regel ist Art 1384 Abs 5 nicht auf das Verhältnis von Auftraggeber und Auftragnehmer anwendbar[467]. Ausnahmen finden allerdings unter besonderen Umständen statt, in denen der Beauftragte unter der Aufsicht des Auftraggebers handelt[468], was natürlich dann der Fall ist, wenn der Beauftragte auch ein Dienstnehmer des Geschäftsherrn ist: man kann zB gleichzeitig Dienstnehmer und Mandatar einer juristischen Person sein[469]. Obwohl diesbezüglich kein spezieller Text angeführt werden kann, haften juristische Personen in der Regel für alle satzungsgemäß bestellten Organe[470]. Die Wirkungen sind allerdings praktisch dieselben wie bei der Haftung des Geschäftsherrn für Hilfspersonen, was erklärt, warum das französische Recht der Unterscheidung

461 Art 13 Entwurf *Terré,* der dem Ansatz des § 1313 ABGB entspricht. Im Gegensatz dazu behandelt der Entwurf *Catala* wie die PETL Haftung für andere als gesonderte Haftungskategorie (Handeln eines Dritten, Art 1355–1360).

462 Art 14 Entwurf *Terré.*

463 Art 1356.

464 Basic Questions I Rz 6/118.

465 Art 1360.

466 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 795-2.

467 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 795-1.

468 *Dieselben.*

469 Cass Civ 1, 27. Mai 1986, Bull Civ I, Nr 134.

470 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 850.

zwischen Organen und Hilfspersonen keine große Beachtung zumisst[471]. Es ist freilich klar, dass jedes Fehlverhalten eines Organs der juristischen Person zurechenbar ist[472], was die persönliche Haftung des Organs nicht ausschließt[473].

471 *Dieselben*.
472 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 854.
473 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité³ Rz 855.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

1/189 In diesem Teil wird das Problem der »zu weiten Zurechnung«[474] erörtert. Die Anwendung der Äquivalenztheorie des deutschen Rechtskreises macht den Schädiger nicht nur für den »nächsten« Schaden verantwortlich, sondern auch für die dem Opfer zugefügten Folgeschäden, die unbillig oder unzumutbar erscheinen[475]. Das französische Recht hat die Äquivalenztheorie (équivalence des conditions) übernommen, mildert jedoch ihre Auswirkungen durch eine Verknüpfung mit der Adäquanztheorie (causalité adéquate), die ebenfalls aus der deutschen Lehre übernommen wurde, wobei die beiden Theorien von französischen Gerichten pragmatisch verwoben werden[476]. Die französische Lehre hat kein Bedürfnis empfunden, *natürliche* und *rechtliche* Kausalität begrifflich zu trennen, obwohl sich Gelehrte darüber im Klaren sind, dass Äquivalenz mehr auf der tatsächlichen, Adäquanz mehr auf der rechtlichen Seite angesiedelt ist[477].

1/190 Französische Juristen betrachten die Kausalkette als Kontinuum[478]. Normalerweise wird das Hinzutreten neuer Umstände zu geteilter Haftung führen, es sei denn, solche neuen Umstände unterbrechen die Kausalkette. Wenn der *novus actus* weniger schwerwiegend ist als das ursprüngliche schuldhafte Verhalten, wird die Haftung geteilt[479]. Wenn die nachfolgende Handlung des Opfers oder des Dritten zumindest ebenso gewichtig ist, wie die Handlung des ursprünglichen Täters[480], ist der Kausalzusammenhang unterbrochen. Das setzt eine Wertung voraus. Ein Beispiel für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch das Opfer wäre, dass ein Opfer eines fahrlässig verursachten Unfalls dem Täter nacheilt, um ihn zu ergreifen, und dabei einen tödlichen Herzanfall erleidet: der Verursacher des Unfalls haftet nicht für den Tod des Opfers[481]. Ein neuerer Fall bietet ein Beispiel für die Unterbrechung durch einen Dritten[482]. Während einer Feier in einer Privatwohnung hatte die Gastgeberin beim Hauseingang brennende Kerzen aufgestellt.

---

474 Basic Questions I Rz 7/1.

475 Basic Questions I Rz 7/1 f.

476 Siehe die Erörterung oben Rz 1/137.

477 Siehe dazu oben Rz 1/113.

478 *R. Pothier,* Traité des obligations (1761) Rz 166, sprach von »la suite nécessaire«. Siehe *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1776 f.

479 *Derselbe*.

480 Siehe dazu *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1777.

481 Siehe *le Tourneau,* ebendort Rz 1778, unter Hinweis auf Cass Crim, 2. Dezember 1965, Gaz Pal 1966, 1, 132, und auf mehrere weitere Beispiele.

482 Cass Civ 2, 28. April 2011, Bull Civ II, Nr 95, RTD Civ 2011, 538, Bemerkungen *P. Jourdain.* Siehe auch *le Tourneau,* Droit de la responsabilité civile et des contrats⁹ Rz 1778.

Sie ging später zu Bett, ohne Anweisungen bezüglich der brennenden Kerzen zu geben, und handelte damit fahrlässig. Einer der Gäste brachte später die brennenden Kerzen hinauf in die Wohnung, wo die Party während der ganzen Nacht andauerte, und wo am frühen Morgen eine der Kerzen einen Brand mit Todesfolge auslöste. Im Urteil des Erstgerichts wurde festgestellt, die ursprüngliche Fahrlässigkeit der Gastgeberin habe zur Katastrophe beigetragen, doch die Cour de cassation entschied, dass das schuldhafte Verhalten des Dritten, der die Kerzen in die Wohnung hinaufgebracht hatte, ohne sicherzustellen, dass sie rechtzeitig ausgelöscht würden, den Kausalzusammenhang unterbrochen habe. Das ursprüngliche schuldhafte Verhalten war nicht mehr die direkte Ursache, und wir müssen in voller Übereinstimmung mit *Koziol*[483] feststellen, dass das spätere schuldhafte Verhalten eine adäquate Ursache bildete.

Es kann nicht bezweifelt werden, dass die Adäquanztheorie, ursprünglich **1/191** als Kausalitätstheorie verstanden, besser als »auf Wertungen beruhende Zurechnungslehre«[484] bezeichnet würde. Das kann positiv durch Fälle illustriert werden, in denen, oft auf der Grundlage von Beweiserwägungen, ein vorliegendes Verschulden oder eine gegenständliche Handlung als adäquate Ursache betrachtet wird, oder auch negativ in Fällen, in denen Haftung bejaht wird, obwohl im Grunde genommen kein Schaden verursacht worden ist, außer der bloßen Verletzung eines stark geschützten Interesses, wie eines Persönlichkeitsrechts. Auf der Grundlage einer Wertung – denn eine solche Verletzung darf einfach nicht folgenlos bleiben – muss nomineller Schadenersatz zuerkannt werden (oft zusätzlich zu Präventivmaßnahmen), obwohl kein tatsächlicher Schaden eingetreten ist. Der Umstand, dass der Täter vorsätzlich gehandelt hat, kann ebenfalls eine erhebliche Rolle spielen[485].

Die Schwäche der Adäquanz, wie sie üblicherweise von Gelehrten des deut- **1/192** schen Rechtskreises verstanden wird, dass sie nämlich zu einem *Alles-oder-nichts-Ansatz* führt[486], ist im französischen Recht nicht durchgedrungen, das von jeher Abstufungen anerkennt, obwohl diese nicht immer auf soliden logischen Voraussetzungen beruhen. Die Beweglichkeit des französischen Zugangs zur Kausalität ist bereits in einem früheren Abschnitt beschrieben worden und zeichnet sich durch eine starke Neigung zur Annahme von Anteilshaftung aus, wobei ua die Theorie des Verlusts einer Chance Anwendung findet, die eine passende Fiktion bietet[487]. Adäquanz kann in der Tat viel besser eingesetzt werden: sie erlaubt Abstufungen je nach den Grundlagen der Verantwortlichkeit[488], um eine logische

483 Basic Questions I Rz 7/6.
484 *Derselbe* Rz 7/7.
485 Basic Questions I Rz 7/11.
486 Basic Questions I Rz 7/12.
487 Oben Rz 1/131 ff.
488 Basic Questions I Rz 7/12.

und besser vorhersehbare Lösung herbeizuführen. Das mag in einem logisch strukturierten System perfekt funktionieren. Allerdings trifft es nicht auf das gegenwärtige französische System zu, das Verschuldenshaftung, verschuldensunabhängige Haftung und strikte Haftung auf recht willkürliche Weise verbindet. Die gute Nachricht besteht darin, dass unter der sorgfältigen Anleitung der Cour de cassation französische Gerichte normalerweise vernünftige, bewegliche Lösungen finden. Die französische Judikatur begrenzt die Haftung, wo erhebliche alternative oder konkurrierende Ursachen zum Schaden beitragen, und stellt widerlegbare Kausalitätsvermutungen auf, insbesondere wo stark geschützte Interessen wie das menschliche Leben betroffen sind[489].

1/193 Das Sonderproblem des rechtmäßigen Alternativverhaltens verdient besondere Aufmerksamkeit: Dabei geht es um »die Frage, ob ein rechtswidrig handelnder Täter selbst dann für den verursachten Schaden zu haften hat, wenn er *denselben Nachteil sonst durch ein rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt hätte«*[490]. *Koziol* führt den Fall an, dass ein PKW-Lenker in einem zu geringen Seitenabstand einen Radfahrer überholte und überfuhr, derselbe Schaden jedoch auch bei Einhaltung des erforderlichen Abstands eingetreten wäre, da der Radfahrer betrunken war und stark torkelte[491]. Nach französischem Recht verfügt ein Spezialgesetz strikte Haftung des Kraftfahrzeuglenkers, sogar im Fall höherer Gewalt (wie etwa bei einem heftigen und unvorhersehbaren Windstoß) oder Verschuldens des Opfers, mit Ausnahme jener seltenen Fälle, in denen das schuldhafte Verhalten des Opfers sowohl unentschuldbar als auch die einzige Ursache des Unfalls war[492]. Bevor das Gesetz aus 1985 in Kraft trat, hätte die Haftung des Lenkers auf seiner Obsorge für die schadensverursachende Sache beruht[493], doch Verschulden des Opfers wäre in Betracht gezogen worden, entweder um den Lenker zu entlasten, wenn es als höhere Gewalt qualifiziert werden konnte (dh das schuldhafte Verhalten des Opfers war unvorhersehbar und der Unfall konnte nicht vermieden werden, ebenso wie im Fall des plötzlichen Windstoßes), oder um die Haftung des Täters zu mindern, wenn das schuldhafte Verhalten des Opfers vorhersehbar und vermeidbar war[494]. Die Lösung wäre dieselbe gewesen wie in weit älterer Zeit, als die Haftung auf Verschulden beruhte[495].

1/194 Ein weiteres Beispiel bietet der Arzt, der einen Patienten operiert, ohne ihn über die Risiken aufzuklären, doch ohne sich eines ärztlichen Fehlverhaltens schuldig zu machen. Die Einwendung des Arztes, der Patient hätte der Operation

489 Oben Rz 1/125 und 128.
490 Basic Questions I Rz 7/22.
491 *Derselbe*.
492 Gesetz vom 5. Juli 1985, Nr 85-677, Art 2 und 3.
493 Art 1384 Abs 1 Code civil.
494 Oben Rz 1/158.
495 Art 1382 und 1383 Code civil.

zugestimmt, selbst wenn er über alle Risiken aufgeklärt worden wäre, hat nach französischem Recht kein Gewicht. Die Cour de cassation hat eine jüngst ergangene Entscheidung aufgehoben, in der die Arzthaftung abgelehnt worden war[496]: das Gericht hätte zumindest das Vorliegen eines immateriellen Schadens erwägen müssen, der durch die mangelnde Vorbereitung des Patienten ausgelöst wurde, sowie den Umstand, dass der Patient der Möglichkeit beraubt war, eine freie Entscheidung zu treffen, eine zweite ärztliche Meinung einzuholen usw, und zwar in einem Fall, in dem es sich um ein stark geschütztes Interesse (Recht der Selbstbestimmung über den eigenen Körper) handelte[497]. Kommentatoren dieses Falles haben betont, dass nach Auffassung der Cour de cassation die Verletzung dieser Verhaltensvorschrift in Anbetracht der Bedeutung der geschützten Interessen sanktioniert werden musste[498]: die Erklärung, der Rechtssatz bezwecke nicht so sehr die Schadensprävention wie vielmehr die Unterdrückung bestimmter Verhaltensweisen, klingt überzeugend[499]. Ersatz immateriellen Schadens mag in diesem Fall wie eine Art Bestrafung wirken und der Abschreckungsfunktion gerecht werden. Einerseits wäre es verfehlt, dem Arzt die Last weiterer Kompensation aufzubürden, dh aller schädlichen Folgen, die als Nebenwirkungen des chirurgischen Eingriffs betrachtet werden können, um die Präventionswirkung zu erhöhen. Es liegt tatsächlich keine Kausalität vor, da der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn der Patient volle Aufklärung erhalten hätte[500]. Andererseits wäre es falsch, ein offensichtlich rechtswidriges Verhalten nicht zu sanktionieren und immateriellen Schaden ohne Ersatz zu belassen. Die französische Lösung bietet einen zufriedenstellenden Mittelweg und ist logisch begründbar.

Koziol zieht zu Recht eine Parallele zur überholenden Kausalität (Fälle höherer Gewalt)[501]. Obwohl in Fällen von Haftung auf Grund des Code civil volle Befreiung eintritt, wenn erfolgreich höhere Gewalt geltend gemacht wird, würde man im Hinblick auf Prävention eine Art Bestrafung des Täters erhoffen. Das ist jedoch nur möglich, wenn eine Straftat vorliegt. Im deutschen Rechtskreis vertretene Auffassungen eröffnen eine interessante Perspektive anderer Art mit dem Gedanken, dass derjenige, der konkret gefährlich, also Risiko erhöhend, und rechtswidrig **1/195**

496 Cass Civ 1, 3. Juni 2010, Nr 09-13591, Bull Civ I, Nr 128, D 2010, 1522 Anmerkung *P. Sargos;* RTD Civ 2010, 571, Bemerkungen *P. Jourdain;* JCP 2010, Rz 1015, Bemerkungen *P. Stoffel-Munck; Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010, 175, Rz 4–10. Um das durch Setzen eines Harnblasenkatheters bewirkte Infektionsrisiko zu vermeiden, führte der Chirurg eine Prostataadenomektomie durch, ohne den Patienten über das Risiko einer Erektionsstörung aufzuklären. Die Operation wurde fachgerecht durchgeführt, doch der Patient erlitt sexuelle Impotenz.

497 Basic Questions I Rz 7/33.

498 *Jourdain,* RTD Civ 2010, 571.

499 Basic Questions I Rz 7/26.

500 Basic Questions I Rz 7/24.

501 Basic Questions I Rz 7/29.

gehandelt hat, das gesamte Aufklärungsrisiko zu tragen hat[502], was eine Beweislastumkehr bezüglich der Verursachung bedeutet. Der Täter müsste beweisen, dass sich die Risikoerhöhung im vorliegenden Fall nicht ausgewirkt hat. Das ist eine sehr vernünftige Sichtweise, insbesondere bei Klagen gegen Fachleute, bei denen es um ziemlich technische Belange geht, wie etwa bei ärztlichem Fehlverhalten.

1/196 *Koziol* schreibt auch: »Bei bewusster Wahl des rechtswidrigen Verhaltens kommt dem Präventionsgedanken erhöhtes Gewicht zu, so dass eine volle Haftung des Schädigers schon bei geringer gewichtigen Verstößen gegen Verhaltensgebote gerechtfertigt ist«[503]. Obwohl die Intensität und Schwere des Verschuldens nicht in Betracht zu ziehen sind, wenn es um die Feststellung des Vorliegens von Haftung geht[504], besteht kaum Zweifel daran, dass Richter an Erstgerichten unter solchen Umständen eher geneigt sein werden, Verursachung festzustellen oder zu vermuten. Überdies wird das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (»faute lourde«, die dem Vorsatz gleichgehalten wird[505]) gegen den Beklagten schwer ins Gewicht fallen, der dann der Vorteile einer gesetzlichen Haftungsbegrenzung[506] oder einer vertraglichen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel[507] verlustig gehen kann.

502 Basic Questions I Rz 7/28, unter Hinweis auf *M. Karollus*.
503 Basic Questions I Rz 7/34.
504 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 596.
505 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 606.
506 Eine ungewöhnliche Situation im französischen Recht, da Höchstgrenzen nicht einmal für Fälle strikter Haftung existieren. *Viney* nennt als Beispiel die Seefracht, *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 604.
507 *Viney/Jourdain,* Les conditions de la responsabilité[3] Rz 604.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Der Mythos vom vollen Schadensausgleich als Grundprinzip

Das französische Recht legt großes Gewicht auf vollen Schadensausgleich. Obwohl die Schadenersatzbestimmungen des Code civil den vollen Ausgleich nicht ausdrücklich vorsehen, wird er als ein Grundprinzip des französischen Schadenersatzrechts dargestellt (principe de la réparation intégrale)[508]. *Viney* und *Jourdain* schlagen als genauere Formulierung die Übereinstimmung von Schaden und Ersatz vor (équivalence entre dommage et réparation)[509]. Französische Rechtsgelehrte stellen sie als wichtigste Richtlinie zur Bemessung der Ersatzleistung dar[510]. Die Cour de cassation hat wiederholt festgestellt, dass zivilrechtliche Haftung den Zweck verfolgt, das durch die Schadenszufügung gestörte Gleichgewicht so genau wie möglich wiederherzustellen, und den Geschädigten in diejenige Lage zurückzuversetzen, die bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte[511]. Obwohl man Beispiele finden kann, wo sich dies als richtig erweist, zeigt eine genauere Untersuchung, dass dieses sogenannte Prinzip bestenfalls eine ambitionierte Richtlinie darstellt, die öfter durchbrochen als angewendet wird, und wenn angewendet, oft unbefriedigend wirkt. 1/197

Wie im Folgenden gezeigt werden soll – so schockierend das auf manchen Leser wirken mag – könnte als tiefere, unsichtbare Triebkraft des französischen Rechts das von *Koziol* auf einer der eindrucksvollsten und überzeugendsten Seiten seines Buches formulierte Prinzip wirken: »Je stärker die Zurechnungsgründe auf Seite des Schädigers sind, desto umfassender fällt der Ersatz aus«[512]. Der Umstand, 1/198

508 Siehe die Erörterung oben Rz 1/107 ff. Art 1149 Code civil »Der dem Gläubiger geschuldete Ersatz umfasst normalerweise den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn …« betrifft zwar die vertragliche Haftung, wird jedoch häufig zur Untermauerung des Prinzips herangezogen.

509 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 57.

510 *Dieselben* bei FN 3.

511 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 57: »Le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu« unter Hinweis auf mehrere Entscheidungen, einschließlich Cass Civ 2, 20. Dezember 1966, D 1967, 169. Man kann feststellen, dass diese Formulierung deutlich auf Naturalherstellung verweist, die jedoch von der Cour de cassation nicht angesprochen wird. Diese beschränkt ihre äußerst knappe Begründung auf den Rahmen der Berufung, die sich offenbar auf eine Schadenersatzforderung in Geld bezieht.

512 Basic Questions I Rz 8/8.

dass dies der allgemeinen Meinung entspricht, darf nicht vernachlässigt werden: soziologische Untersuchungen zeigen, dass mehr als 70 % der Bevölkerung die Auffassung vertreten, die Höhe des Schadenersatzes sollte der Schwere der Schuld entsprechen[513].

A. Das sogenannte Prinzip des vollen Schadensausgleichs

1/199 Auf der Suche nach Argumenten zugunsten des vollen Schadensausgleichs nennen führende Autoren Beispiele, die zeigen, dass in Wirklichkeit kein voller Schadensausgleich stattfindet, insbesondere in Fällen von Körperverletzung. Der bloße Umstand, dass Gerichte regelmäßig zu Prozentsätzen von Invalidität Zuflucht nehmen, ist völlig willkürlich und trägt den persönlichen Lebensumständen des Opfers nicht Rechnung. *Viney* und *Jourdain* loben ein Pariser Gerichtsurteil für die Entscheidung, dass bei der Ersatzleistung für die Körperverletzung an einem stark behinderten Opfer die Bezugnahme auf den Grad der Invalidität aufgegeben werden müsse[514]. Dem Gericht zufolge war der Ersatz den tatsächlichen Bedürfnissen des Opfers anzupassen, um sicherzustellen, dass diesem unter Berücksichtigung seiner persönlichen Lage die bestmöglichen Überlebensbedingungen gewährleistet werden. Mit Verlaub – genau das sollten Gerichte in jedem einzelnen Fall von Körperverletzung tun, wenn das Prinzip des vollen Schadensausgleichs, wie es von der Cour de cassation und der Lehre dargestellt wird, Sinn machen soll. Warum sollte es auf den Fall eines schwer Behinderten beschränkt bleiben?

1/200 Einen anderen Bereich, in dem voller Schadensausgleich bestenfalls einen Mythos darstellt, bildet der Ersatz immateriellen Schadens, wo er nämlich »jede Bedeutung verliert« und »die größten Schwierigkeiten bereitet«[515]. Seinem Wesen nach kann ein solcher Schaden nicht berechnet werden; wie soll er dann voll oder umfassend ersetzt werden? Umfassender Ersatz kann höchstens bedeuten, dass alle Arten des Schadens berücksichtigt werden. Es kann nicht vollen Ausgleich bedeuten. Führende Autoren erkennen, dass voller Ausgleich den Schädiger viel zu stark belasten könnte, wenn nur leichte Fahrlässigkeit oder verschuldensunabhängige Haftung vorliegt, oder kein Versicherungsschutz vorhanden ist[516].

1/201 Die einzigen Fälle, in denen man in die Nähe eines vollen Schadensausgleichs gelangen könnte, betreffen Sachbeschädigungen, wo Austausch gewährt wird,

513 *J. L. Aubert/G. Vermelle* (Hrsg), Le sentiment de responsabilité (1984) 31.

514 TGI Paris, 6. Juli 1983, D 1984, 10, Anmerkung *Y. Chartier. Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 58.

515 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 58-1.

516 *Dieselben,* mit der Charakterisierung »un enfer de sévérité«.

oder reiner Vermögenschaden, zumindest in jenen Fällen, wo dieser genau berechnet werden kann. Doch sogar dort kann dieser sich als unangebracht erweisen, wie in einem berühmten Fall deutlich wird. 1955 hatte ein Kunstsammler in einer New Yorker Galerie ein van Gogh Gemälde, *Jardin à Auvert,* zum Preis von Französischen Francs (FRF) 150,000 erworben. 1981 beantragte der Eigentümer eine Ausfuhrgenehmigung, da er das Gemälde nach Genf verbringen wollte. Die Genehmigung wurde nicht erteilt, und er ließ das Gemälde in einer französischen Auktion versteigern, wo es einen Erlös von FRF 55 Millionen erzielte. Er klagte die französische Regierung und machte geltend, er sei durch ihre Klassifizierung des Gemäldes als nationales Erbe der Möglichkeit beraubt worden, an einen ausländischen Käufer zu veräußern, und bewertete den Verlust mit 250 Millionen. Der französische Staat wurde für haftbar erkannt und angewiesen, Schadenersatz in der Höhe von FRF 145 Millionen zu zahlen[517]. Die Entscheidung wurde heftig kritisiert[518]: Es sei unbillig, einen spekulativen Verlust auf die französischen Steuerzahler zu überwälzen[519]. Der Fiskus hat letztlich verloren, die Cour de cassation stellte fest, dass das Erstgericht den Schaden korrekt bemessen hatte, indem es den Verkaufspreis in Frankreich mit dem Verkaufspreis vergleichbarer Objekte auf dem internationalen Kunstmarkt zu dem Zeitpunkt verglich, an dem das Gemälde klassifiziert wurde[520].

Der Fall könnte auf Grund einer falschen Lehre und von einem falschen Gericht entschieden worden sein. Es sieht eher wie ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus, wenn der französische Staat das Gemälde als nationales Erbe betrachtet und es auf seinem Gebiet behält. Er schafft damit die Möglichkeit, dass seine staatlichen Museen anlässlich des nächsten Verkaufs ein Vorkaufsrecht ausüben, und zwar zu einem Preis, der weit unter dem internationalen Wert des Gemäldes liegt (Bereicherung), und der vorherige Eigentümer einen beträchtlichen Teil des im globalen Kunstmarkt kalkulierten merkantilen Werts verliert (Entreicherung). Der Fall hätte von einem Verwaltungsgericht entschieden werden sollen, indem der Staat für einen Schaden geklagt wird, den er in der Ausübung von Hoheitsgewalt verursacht hat. Seine Betrachtung als Zivildelikt erweckt Unbehagen, wenn man weiß, dass ein Kläger bei Verlust eines Kindes oder eines Ehepartners 1 oder 2 % des zugesprochenen Betrags erhalten haben könnte. *Viney* und *Jourdain* stimmen zu, dass rein vermögensrechtlichen Interessen nicht Vorrang vor medizinischen Betreuungskosten und Verlust der Erwerbsfähigkeit eingeräumt werden sollte; in ihrer Kritik des Urteils anerkennen sie, dass eine 1/202

517 CA Paris, 6. Juli 1994, D 1995, 254, Anmerkung *B. Edelmann.*
518 *A. Bernard,* Estimer l'inestimable, RTD Civ 1995, 271; *G. de Geouffre de la Pradelle/S. Vaisse,* Estimer la doctrine: l'art … et la manière, RTD Civ 1996, 313.
519 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 58-1.
520 Cass Civ 1, 20. Februar 1996, Bull Civ I, Nr 97.

Hierarchie geschützter Interessen bestehen soll[521]. Sie beziehen sich auf den Gedanken legitimer Erwartungen und bringen eine Präferenz für *billigen* oder *angemessenen* Ausgleich zum Ausdruck[522].

B. Die zahlreichen Begrenzungen eines vollen Ausgleichs

1/203 Voller Schadensausgleich wird selten verwirklicht. Geld kann den Verlust eines nahestehenden Menschen oder den Verlust eines Körperteils nicht wirklich ersetzen, und damit bleiben die schwerwiegendsten Schäden unterkompensiert. Geld kann den Verlust der Erwerbsfähigkeit ersetzen, aber nicht die Erfüllung, die manche Menschen in ihrem Beruf finden. Immaterielle Schäden treffen Menschen in ihrem Wesen, sie können nicht angemessen bewertet und ausgeglichen werden. Sachschaden und Vermögensnachteile sind die einzigen Schadenskategorien, die mit einiger Sicherheit bewertet werden können.

1/204 Im Übrigen existieren andere Beschränkungen hinsichtlich eines vollen Schadensausgleichs, die bei allen möglichen Arten von Schäden ins Spiel kommen, einschließlich Sach- und Vermögensschaden. Gesetzliche Haftungshöchstgrenzen können hier erwähnt werden, obwohl sie vorwiegend im Vertragsrecht vorkommen. Man sollte freilich den Umstand nicht vergessen, dass in der besonderen Haftungsregelung für Verkehrsunfälle[523] der Person höherer Schutz gewährt wird als dem Eigentum. Volle strikte Haftung gilt nur für Körperverletzungen[524], während bei Sachschaden das Verschulden des Opfers Berücksichtigung findet[525]. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten muss ebenfalls erwähnt werden. Es spielt nicht nur bei der Verschuldenshaftung eine wichtige Rolle, sondern auch dort, wo es sich angeblich um verschuldensunabhängige Haftung handelt, wie bei der Haftung für Schadensverursachung durch eine Sache, die sich in jemandes Obhut befindet[526]. In Fällen der Haftung für andere trifft den Dienstnehmer keinerlei Haftung in allen Fällen von culpa levis oder culpa levissima[527].

521 Ebendort.
522 Ebendort.
523 Gesetz Nr 85-677 vom 5. Juli 1985.
524 Art 3.
525 Art 5. Eine Ausnahme findet jedoch bezüglich der Beschädigung von Gütern und Gerätschaften statt, die auf Grund von ärztlicher Verschreibung erlangt wurden. Diese sind wie Personenschäden zu behandeln: Rollstühle, Prothesen und andere medizinische Geräte werden daher wie Verlängerungen des menschlichen Körpers behandelt.
526 Siehe die Erörterung oben Rz 1/158.
527 Siehe die Erörterung oben Rz 1/185.

C. Das verborgene Prinzip der Teilhaftung

Voller Schadensausgleich ist ein Mythos, oder bestenfalls eine bequeme, wenngleich häufig irreführende richterliche Entscheidungsrichtlinie. Es ginge allerdings zu weit, von dieser Beobachtung darauf zu schließen, dass französische Gerichte einem verborgenen Prinzip Rechnung tragen, dass Schadenersatz je nach der Schwere des Zurechnungsgrundes bemessen werden muss. *Koziols* Vorschlag »je stärker die Zurechnungsgründe auf Seite des Schädigers sind, desto umfassender fällt der Ersatz aus«[528], kann als Hypothese dienen, die es durch eine umfassendere Untersuchung der französischen Judikatur zu verifizieren gilt. Auf den vorangehenden Seiten wurde eine Anzahl von Faktoren angesprochen, die von Vertretern des französischen Rechts und der Rechtsvergleichung genauer analysiert werden sollten. **1/205**

Der erste Faktor besteht darin, dass die Neigung, immateriellen Schaden zu ersetzen, im Fall vorsätzlicher Schädigung viel höher ist[529]. Sie ist wesentlich höher, wenn es sich um ein Grundrecht handelt, wie im Zusammenhang mit Persönlichkeitsrechten beobachtet worden ist[530]. **1/206**

Der zweite Faktor besteht darin, dass in allen Situationen, in denen Verschulden des Opfers in Betracht gezogen wird, die Richter *nolens volens* eine Mitverschuldensanalyse vornehmen und dazu neigen, den Fall nicht auf der Basis rein natürlicher Kausalitätsfaktoren zu entscheiden, sondern auf der Grundlage der jeweiligen Schwere des behaupteten beiderseitigen Verschuldens. Das betrifft nicht nur die Verschuldenshaftung, sondern auch Fälle verschuldensunabhängiger Haftung, wie jener, die nach Art 1384 Abs 1 entschieden werden[531]. **1/207**

Der dritte Faktor, das Zusammenspiel von Äquivalenz und Adäquanz bei der Beurteilung der Kausalität, das eine im Wesentlichen rechtliche Dimension einführt, die natürliche Verursachung und Rechtswidrigkeit verknüpft, tendiert stark zu einem Werturteil, das Richter veranlasst, Kausalität anzunehmen, wenn sie verwerfliches Verhalten ins Visier nehmen, oder Kausalität vermuten, wenn ein stark geschütztes Interesse betroffen ist[532]. **1/208**

Der vierte Faktor, Haftungsteilung, findet regelmäßig bei ungewisser Kausalität Anwendung. Die Charakterisierung der Verletzung als Verlust einer Chance, einer Schadenskategorie, die vollen Ausgleich verlangt, ist reine Fiktion und verbirgt den Umstand, dass eine Ausnahme vom sogenannten Prinzip des vollen Schadensausgleichs gemacht wird. In Wirklichkeit erhält das Opfer Teilersatz[533]. **1/209**

528 Basic Questions I Rz 8/8.
529 Oben Rz 1/65 und 67.
530 Oben Rz 1/102.
531 Oben Rz 1/158.
532 Oben Rz 1/115 f.
533 Oben Rz 1/131 ff.

II. Art des Ersatzes

1/210 Anders als die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises[534] kennt das französische Recht kein Prinzip des Vorrangs der Zurückversetzung in den vorigen Stand (réparation en nature)[535]. Das bedeutet nicht, dass dieses Prinzip ignoriert würde. Zahlreiche Entscheidungen zeigen, dass französische Gerichte die Naturalrestitution in Fällen rechtswidrig vorenthaltenen, entzogenen oder zerstörten Eigentums bevorzugen, sowie auch bezüglich der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands von Immobilien[536]. Der Vorrang der Naturalrestitution ist zu billigen, wenn man anerkennt, dass er in jenen Fällen aufgegeben werden muss, in denen er wegen der Kosten oder der Untunlichkeit unangemessen erscheint[537]. Wie oben erwähnt, werden französische Richter ermutigt, vorbeugende Maßnahmen mittels einstweiliger Verfügung zu treffen, wann immer es möglich erscheint, eine schädigende Tätigkeit zu beenden[538].

1/211 Die Schadensberechnung kann entweder auf einer konkreten Berechnung des Schadens oder auf objektiven Kriterien beruhen, wie etwa im Fall der Körperverletzung[539]. Richter haben die Wahl zwischen Kapitalabfindung und laufenden Zahlungen[540].

III. Minderung der Ersatzpflicht

1/212 Einige Rechtsordnungen gestatten dem Richter, den Ersatzbetrag in einigen Ausnahmefällen herabzusetzen, insbesondere wenn die Leistung von vollem Ersatz der haftbaren Partei eine untragbare Last aufbürden könnte[541]. Solche Bestimmungen finden sich in der Schweiz[542] und in den Niederlanden[543]. Die European Group on Tort Law hat eine Reduktionsklausel formuliert: »Wenn in einem außergewöhnlichen Fall im Hinblick auf die finanzielle Lage der Parteien die volle Ersatzpflicht eine erdrückende Belastung für den Beklagten bedeuten würde, kann der Umfang der Schadensersatzpflicht herabgesetzt werden. Bei der Entscheidung

534 Basic Questions I Rz 8/11 unter Hinweis auf § 1323 ABGB und § 249 BGB.
535 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 14.
536 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 28-1.
537 Basic Questions I Rz 8/13.
538 Oben Rz 1/43 ff.
539 Oben Rz 1/199.
540 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 73 f.
541 Basic Questions I Rz 8/24.
542 Art 44 Abs 2 Obligationenrecht (OR).
543 Art 6:109 Burgerlijk Wetboek (BW).

darüber sind insbesondere der Grund der Haftung (Art. 1:101), das Ausmaß des Schutzes des Interesses (Art. 2:102) und die Größe des Schadens zu berücksichtigen«[544].

Während eine solche Herabsetzung offensichtlich dem Prinzip des vollen Schadensausgleichs widerspricht, spiegelt sie das zugrundeliegende Teilungsprinzip wider, das im vorangehenden Absatz angesprochen wurde. *Viney* und *Jourdain* erkennen, dass bei Eintritt eines nicht versicherten Schadens, der kaum vorhersehbar war, voller Schadensausgleich eine übermäßige Belastung darstellen kann, wenn das schädigende Verhalten nicht schuldhaft und der Schaden sehr erheblich war[545]. Der Umstand, dass die französische Gesetzgebung diesbezüglich kein richterliches Ermessen einräumt[546], hindert die Gerichte nicht daran, Billigkeitsentscheidungen zu treffen. Voller Schadensausgleich kann in einer Rechtsordnung wie der französischen erdrückend wirken, in der nur Kaufleute durch Insolvenzverfahren geschützt werden können[547]. **1/213**

Siehe diesbezüglich auch den Kommentar zu den PETL: »Die Reduktionsklausel erscheint auch in jenen Rechtsordnungen sinnvoll, in denen der Kläger den Täter klagt, um sicherzustellen, dass ein Strafverfahren gegen diesen eröffnet wird, in dem das Opfer seinen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch neben der Anklage geltend machen kann. In einigen Rechtsordnungen ist der Staatsanwalt daraufhin verpflichtet, anzuklagen, und darf die Anklage nicht zurückziehen. Die Zivilklage kann stärker auf die amtliche Anerkennung der Rechtsverletzung gerichtet sein als auf vollen Schadensausgleich, der in einzelnen Fällen für den Beklagten eine unerträgliche Belastung darstellen könnte«[548]. Das trifft deutlich auch auf Frankreich zu. **1/214**

544 Art 10:401 PETL.

545 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 58-1.

546 *Viney/Jourdain,* Les effets de la responsabilité² Rz 59, die darauf hinweisen, dass bei der Abstimmung über die Haftung geistig Behinderter (Gesetz vom 3. Jänner 1968) der Vorschlag des Gesetzentwurfs, den Richtern die Herabsetzung des Ersatzbetrags zu erlauben *(pouvoir modérateur),* verworfen wurde.

547 Art 10:401 PETL, Kommentar 6 *(O. Moréteau).*

548 *Derselbe,* Kommentar 9.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

1/215 In Frankreich wurde die Verjährung durch ein Gesetz vom 17. Juni 2008 reformiert (loi portant réforme de la prescription en matière civile)[549], das zwei Titel des Dritten Buchs des Code civil völlig neu gefasst hat: Titel XX (Verjährung) und Titel XXI (Besitz und Ersitzung). Das neue Gesetz beruht zum Teil auf dem Entwurf *Catala* zur Reform des Obligationenrechts und der Verjährung. Das kann als gute Nachricht bezüglich all jener Fälle gelten, in denen eine solche Änderung zu einer verstärkten Konvergenz mit anderen europäischen Rechtsordnungen führt. In einem gewissen Ausmaß bewirkt das neue Gesetz auch eine Vereinfachung dieses lange vernachlässigten und komplizierten Rechtsbereichs.

1/216 Das Wesen der Verjährung bleibt – wie in der Vergangenheit – umstritten. Art 2219 enthält eine Definition: »Verjährung ist eine Art des Erlöschens eines Rechts in Folge der Untätigkeit seines Inhabers während eines bestimmten Zeitraums«. Eine solche Formulierung ist unpräzise und verwirrend, da die Definition nicht sagt, ob das materielle Recht erlischt oder das prozessuale Klagerecht. Das ist ein Ausfluss von französischem Formalismus anstelle von Pädagogik[550]. Das neue Gesetz stellt weiterhin die Verjährung (Erlöschen eines Rechts) der Ersitzung gegenüber, die in Art 2258 als »Art des Erwerbs des Eigentums oder eines Rechts durch Besitz« definiert wird. »Erlöschen eines Rechts« und »Erwerb eines Rechts« bildet eine elegante binäre Unterscheidung, einen symmetrischen »französischen Garten«, dh ein Format, welches französische Juristen lieben. Eine sorgfältige Prüfung zeigt, dass Verjährung eine prozessuale Einrede ist: nach Art 2247 darf der Richter Verjährung nicht von Amts wegen berücksichtigen. Sie hindert die Durchsetzung eines Rechts auf Leistung oder Schadenersatz, lässt jedoch die Obligation nicht erlöschen. Außerdem darf bei Zahlung einer verjährten Schuld keine Rückerstattung angeordnet werden, denn eine solche Zahlung hat die ursprüngliche Naturalobligation in eine zivilrechtliche Obligation umgewandelt[551]. Das ist ein klarer Hinweis darauf, dass es sich nicht um das Erlöschen eines materiellen Rechts handelt, sondern um eine bloße Einrede, und dass sich das

549 Gesetz Nr 2009-561 vom 17. Juni 2008, kommentiert von *Moréteau* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008, 264, Rz 1–12; auf diesen Beitrag wird im Folgenden oft wörtlich Bezug genommen; *F. X. Licari,* Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Louisiane, Allemagne, Israël), RIDC 2009, 739.

550 *A. M. Leroyer,* Législation française, RTD Civ 2008, 564.

551 Art 1235 Code civil.

französische Recht »im Einklang mit der Auffassung befindet, die international breite Anerkennung findet«[552].

Größere Veränderungen haben bei den Verjährungsfristen und ihrer Berechnung stattgefunden. Hauptanliegen der Reform ist die Förderung der Konvergenz von Rechtsordnungen und die Bewirkung von notwendigen Vereinfachungen. Art 2262, der früher anordnete »alle Klagen, ob dinglich oder persönlich, verjähren in dreißig Jahren«, wurde aufgehoben. Die sehr lange Dreißigjahresfrist gilt nicht mehr als Regelfall[553]. Nach dem neuen Art 2224 »verjähren persönliche Klagen oder Klagen in Bezug auf bewegliche Sachen fünf Jahre nach dem Tag, an dem der Inhaber eines Rechts die Umstände, die zu seiner Ausübung berechtigt haben, kannte oder kennen musste«. Der *Code civil* betrachtet diese Vorschrift als Regel für den Normalfall. Die Dreißigjahresfrist ist nunmehr auf dingliche Klagen in Bezug auf Immobilien beschränkt[554]. Die normale Fünfjahresfrist gilt für alle Klagen, für die früher besondere Vorschriften bestanden haben (mit Fristen, die kürzer waren als dreißig Jahre). **1/217**

Man sollte allerdings nicht von einer allzu einfachen Welt träumen. Es gibt Ausnahmen, und einige von diesen haben Einfluss auf Schadenersatzansprüche. Eine Dreißigjahresfrist gilt für Umweltschäden, sie läuft ab dem schädigenden Ereignis[555]. Eine Zwanzigjahresfrist gilt für Schäden, die durch Folter, Akte der Barbarei, sexuelle Gewalt oder Angriffe auf Minderjährige zugefügt wurden[556]. Eine Zehnjahresfrist gilt für Ersatzansprüche aus Körperverletzung[557]. **1/218**

Alle Unterscheidungen zwischen Delikts- und Vertragsrecht sind aufgegeben worden. Das Gesetz vereinheitlicht die Verjährung von Klagen, ob sie nun auf vertraglicher oder außervertraglicher Haftung beruhen. Der Entwurf *Catala* strebt in der Tat eine Vereinheitlichung vertraglicher und außervertraglicher Haftung an. Bezüglich der Verjährung besteht der Hauptunterschied nunmehr zwischen Körperverletzung und anderen Schadenskategorien. **1/219**

Bezüglich Körperverletzungen läuft die Zehnjahresfrist ab dem Zeitpunkt der Konsolidierung des anfänglichen oder verschlimmerten Schadens. Konsolidierung bezeichnet die Stabilisierung der Körperverletzung oder den Zustand des Opfers nach Beendigung der Heilbehandlung: das ist der Zeitpunkt, zu dem man von einer – manchmal weitreichenden – vorübergehenden Behinderung übergeht zu einer – normalerweise und hoffentlich beschränkten – dauernden Behinderung, **1/220**

552 *R. Zimmermann, »Extinctive«* Prescription under the Avant-projet, 15 European Review of Private Law 2007, 805, 812.

553 Er bildet als einziger Artikel Abschnitt I von Kapitel II (Fristen und Beginn der Verjährung) unter der Überschrift »Du délai de droit commun et de son point de départ.«

554 Art 2227 Code civil.

555 Art L 152-1 Umweltgesetzbuch.

556 Art 2226 Abs 2 Code civil.

557 Art 2226 Abs 1 Code civil.

sofern das Opfer überhaupt dauernd behindert ist[558]. Derselbe Test gilt für Fälle, in denen die Verjährungsfrist wegen Folter, Akten der Barbarei, sexueller Gewalt oder Angriffen auf Minderjährige auf zwanzig Jahre verlängert wird[559]. Diese Vorschriften gewähren sogar noch stärkeren Schutz als jene, die im deutschen Rechtskreis gelten, denn jene beziehen sich auf den Zeitpunkt, an dem das Recht erstmals ausgeübt werden konnte[560], oder verlangen die Kenntnis eines bestehenden Anspruchs[561], oder die Kenntnis des Schadens und der Identität des Täters[562].

1/221 Bezüglich eines Schadens, der nicht aus Körperverletzung oder Schädigung der Umwelt resultiert, gilt für die Verjährung die normale Fünfjahresfrist[563]. Sie läuft ab dem Zeitpunkt, an dem das Opfer die anspruchsbegründenden Umstände kannte oder kennen musste. Der Entwurf *Catala* war opferfreundlicher und enthielt einen rein subjektiven Test, denn er verlangte die tatsächliche Kenntnis der Umstände[564]. Die Hinzufügung des »Kennenmüssens« erscheint sinnvoll. Es harmonisiert das französische Recht mit dem deutschen[565] und mit den Unidroit Grundregeln für internationale Handelsverträge[566]. Die Lösung kommt den Prinzipien des europäischen Vertragsrechts nahe, sowie dem Test der zumutbaren Erkennbarkeit des Schadens[567]. Der subjektive Test wird durch einen objektiven ergänzt. Art 2232 verfügt eine Fallfrist (délai butoir), die es unmöglich macht, über eine Zwanzigjahresfrist hinaus, gerechnet ab der Entstehung des Rechts, den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns zu verschieben oder die Verjährung zu hemmen oder zu unterbrechen. Diese Neuerung[568], die im Entwurf *Catala* vorgeschlagen wurde[569], erscheint wegen des »schlüpfrigen« Ausgangspunkts der Verjährung gerechtfertigt[570]. Es handelt sich um ein weiteres Element der Konvergenz des französischen Rechts mit dem deutschen und anderen europäischen Rechtsordnungen. Die Fallfrist gilt nicht für Fälle von Körperverletzung und die anderen in Art 2232 angeführten Fälle.

---

558 Der Begriff Konsolidierung ist dem Arbeits- und Sozialrecht entlehnt. Er bezeichnet den Augenblick, an dem bei Arbeitsunfällen der Übergang von tageweiser Entschädigung (allocations journalières) zur Dauerrente erfolgt. Siehe *Y. Lambert-Faivre,* Le droit du dommage corporel[4] (2000).

559 Art 2226 Code civil.

560 Zu Österreich siehe § 1478 ABGB und Basic Questions I Rz 9/16.

561 Zu Deutschland siehe § 199 BGB und Basic Questions I Rz 9/18.

562 Zur Schweiz siehe Art 60 OR und Basic Questions I Rz 9/19.

563 Art 2224 Code civil.

564 Art 2264 Abs 2 Entwurf *Catala*.

565 § 199 I Nr 2 BGB.

566 Art 10.2(1).

567 Art 14:301.

568 Obwohl die Technik auch in anderen Bereichen des französischen Zivilrechts Anwendung findet: siehe Art 215, 921 Abs 2, und 1386-16 Code civil.

569 Art 2278 Entwurf *Catala* schlägt eine zehnjährige Fallfrist vor.

570 *Leroyer,* RTD Civ 2008, 564, 569.

Die Verjährung läuft nicht bzw ist gehemmt im Fall einer »Unmöglichkeit zu handeln in Folge eines Hindernisses seitens des Rechts, der Übung oder höherer Gewalt«[571]. Das ist eine neue Bestimmung des Code civil. Französische Gerichte hatten üblicherweise – wenn auch restriktiv – die *contra non valentem* Regel angewandt, und einige Gelehrte befürchten nunmehr, dass deren gesetzliche Verankerung dem Richter breiteres Ermessen einräumen könnte[572]. Verjährung läuft nicht bzw ist gehemmt gegenüber nicht volljährig erklärten Minderjährigen oder Volljährigen unter Vormundschaft[573], ebenso wie unter Ehegatten oder Partnern in einer registrierten Verbindung[574]. **1/222**

Die Verjährung wird auch gehemmt, wenn sich die Parteien auf Mediation oder Schlichtung verständigt haben, oder ohne eine solche Vereinbarung ab dem Tag der ersten Sitzung zur Mediation oder Schlichtung. Die Verjährung beginnt wieder zu laufen, wenn eine oder alle Parteien oder der Mediator oder Schlichter die Mediation oder Schlichtung für beendet erklärt haben[575]. Dieselbe Vorschrift gilt, wenn der Richter vor Beginn des streitigen Verfahrens Untersuchungsmaßnahmen anordnet, bis zum Zeitpunkt der Durchführung der betreffenden Maßnahme[576]. In all diesen Fällen, in denen die Verjährung wieder zu laufen beginnt, beträgt ihre Mindestdauer sechs Monate[577]. **1/223**

Sieben Artikel befassen sich mit Gründen der Unterbrechung der Verjährung[578]. Sie enthalten nichts Besonderes, sondern nur die Anwendung wohlbekannter Regeln, wie etwa, dass die Verjährung durch Klageerhebung unterbrochen wird[579], es sei denn, der Kläger gibt seinen Anspruch auf, oder dieser wird rechtskräftig abgewiesen[580]. Anerkenntnis des Rechts des Klägers durch den Schuldner unterbricht ebenfalls die Verjährung[581]. **1/224**

Das neue Recht begünstigt vertragliche Vereinbarungen und gestattet den Parteien, Verjährungsfristen sowie Gründe für deren Hemmung und Unterbrechung vertraglich zu gestalten[582]. Die Parteien können ausdrücklich oder stillschweigend auf die Geltendmachung von Verjährung verzichten, sobald die Frist zu laufen begonnen hat[583]. Art 2254 lautet: »Die Verjährungsfrist kann durch Parteienverein- **1/225**

571 Art 2234 Code civil.
572 *Leroyer,* RTD Civ 2008, 564, 570.
573 Art 2235 Code civil.
574 Art 2236 Code civil.
575 Art 2238 Code civil.
576 Art 2239 Code civil.
577 Art 2238 Abs 2 und Art 2239 Abs 2 Code civil.
578 Art 2240 bis 2246 Code civil.
579 Art 2241 Code civil.
580 Art 2243 Code civil.
581 Art 2240 Code civil.
582 Art 2254 Code civil.
583 Art 2250 und 2251 Code civil.

barung verkürzt oder verlängert werden. Sie kann allerdings weder auf weniger als ein Jahr verkürzt noch auf mehr als zehn Jahre verlängert werden«.

Norwegen

Bjarte Askeland

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus norwegischer Sicht

Kapitel 2

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus norwegischer Sicht

Bjarte Askeland*

Teil 1 Einleitung

I. Grundgedanken

Das norwegische Schadenersatzrecht beruht auf dem Grundprinzip *casum sentit dominus,* obgleich dieses Prinzip in der Literatur kaum zitiert wird[1]. Das Hauptaugenmerk richtet sich auf die verschiedenen Haftungsgrundlagen, obwohl tatsächlich die Grundauffassung darin besteht, dass der Schaden dort liegen soll, wo er hinfällt. Historische Gründe dafür, den Schaden vom Opfer auf andere Personen zu überwälzen, haben meist mit Ideen wie ausgleichende, restaurative und verteilende Gerechtigkeit zu tun. In der pragmatischen Version der norwegischen Nachkriegs-Schadenersatzdoktrin wurde die Rechtfertigung solcher Verantwortlichkeit in einem Anspruch auf *Behebung* des Schadens gesehen. Daher sind Erwägungen zum »Wiederherstellungszweck« in Lehrbüchern und Dissertationen zum Schadenersatzrecht in den Vordergrund getreten[2]. Dies ist eine norwegische Variante der ausgleichenden Gerechtigkeit, die im Grunde zwei Gedanken enthält: Erstens erscheint es wichtig, dass der Schaden des Opfers behoben oder voll ersetzt 2/1

* Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr.h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

1 Siehe dazu *A. M. Frøseth,* Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten (2013) 46–51.

2 Siehe zB *N. Nygaard,* Skade og ansvar (2007) 19 und *P. Lødrup* (unter Mitwirkung von *M. Kjelland),* Lærebok i erstatningsrett[6] (2009) 108 ff.

wird. Zweitens erscheint es fair, dass der Verursacher (in einer Weise, welche eine Rechtsgrundlage für die Haftung bildet) Kompensation zahlen soll. Die Tendenz, diese zwei Gedanken herauszustreichen, wurde von Theoretikern entwickelt, die im Hinblick auf die internationale Diskussion über ausgleichende Gerechtigkeit offenbar völlig ahnungslos waren. Moderne Wissenschaftler haben allerdings theoretische Erkenntnisse aus der internationalen Diskussion eingebracht[3]. In jüngerer Zeit haben Wissenschaftler im Rahmen der skandinavischen Dogmatik den Ideen von ausgleichender Gerechtigkeit Beachtung geschenkt, wie sie von Gelehrten wie *Weinrib* und *Coleman* entwickelt worden sind; eine Auseinandersetzung, die bei den frühen Werken des *Aristoteles* beginnt und auf diesen aufbaut[4].

2/2 Allerdings hat in neuerer Zeit die Idee der verteilenden Gerechtigkeit eine sehr wichtige Rolle in der Entwicklung von Schadenersatzsystemen gespielt, insbesondere in Bezug auf Personenschaden. In Personenschadensfällen wird die Frage des Schadensausgleichs als umfassender Komplex von Rechtssätzen verstanden. Schadenersatzregeln bilden die Grundlage, doch weitgehend werden diese von Vorschriften der Versicherungssysteme und eines umfangreichen Sozialversicherungsgesetzes überlappt, welche für zahlreiche Leistungen sorgen, die Ersatz für erlittenen Schaden gewähren. Das ist eine Eigenschaft des skandinavischen Wohlfahrtsgedankens, und deshalb finden sich ähnliche Ersatzsysteme in Dänemark und Schweden. Lösungen, die auf der Idee verteilender Gerechtigkeit beruhen, finden breite politische Unterstützung. Wenn man die grundlegenden Vorarbeiten für die maßgeblichen Erwägungen genauer betrachtet, die hinter diesem System stehen, wird klar, dass die Auffassung, das Opfer solle vollen Ausgleich erhalten, besonders wichtig ist.

2/3 Das System kennt auch Mechanismen, um eine Überkompensation des Opfers zu verhindern. Nach herrschender Lehre soll das Opfer vollen Ausgleich erhalten, doch im Allgemeinen soll er oder sie *nicht mehr* als vollen Ausgleich erlangen. Eine klare Gesetzesbestimmung lautet, dass Leistungen, die von der öffentlichen Hand gewährt werden, vom Schadenersatz, den der Täter zahlen muss, abzuziehen sind[5]. Die Lösung, dass Sozialleistungen den Anspruch gegen den verantwortlichen Täter mindern, muss als ein Hauptprinzip des norwegischen Rechts betrachtet werden.

---

3 Siehe die norwegische Diskussion in *B. Askeland,* Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør (2006) 21–32; *Frøseth,* Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten 49; *B. Hagland,* Erstatningsbetingende medvirkning (2012) 53–59. Siehe auch den schwedischen Theoretiker *M. Schultz,* Kausalitet (2007).

4 *Aristotle,* Nichomachean Ethics [übersetzt von Tony Irvin] (1985) und andere Werke; *E. Weinrib,* The Idea of Private Law (1995) und *J. L. Coleman,* Risks and Wrongs (1992).

5 Siehe Skadeserstatninsloven (skl.) § 3-1. Der Entwurf aus 2011 enthält eine präzisere, von den Gerichten entwickelte Formulierung des Prinzips, siehe Entwurf 2011 § 3-4.

Zu diesem Prinzip tritt der Umstand hinzu, dass die Sozialversicherungseinrichtung (»Rikstrygdeverket«) keinen Regressanspruch gegen den verantwortlichen Täter hat, ausgenommen bei Vorsatz[6]. Dieser Regressanspruch wurde 1970 abgeschafft[7]. Die Abschaffung war ein Versuch, die Entwicklung in Richtung knapp bemessener Leistungen in Personenschadensfällen zu beenden, die den Schaden nicht wirklich abdecken konnten. Als die Sozialversicherung den Großteil des tatsächlichen wirtschaftlichen Verlustes des Opfers bezahlte, ohne Regress gegen den Täter zu nehmen, wurde es diesem möglich, die Last der Schadenersatzleistung zu tragen. Das System vermeidet auch Transaktionskosten, die mit Regressklagen verbunden sind. Ein Punkt, der unter Umständen übersehen wird, ist jener, dass das System tatsächlich die Versicherungsprämie für den Verlust von jedem Bürger als potentiellem Opfer kassiert. Der wirtschaftliche Effekt entspricht einer Haftpflichtversicherung für alle Bürger. Man mag sich auch fragen, ob es eine gute Sache ist, dass der Großteil des Schadens nicht die echten Täter treffen soll, obwohl es um Kosten von Tätigkeiten geht, die tatsächlich die Personenschäden bewirken. Ein solches System widerspricht den Hauptprinzipien von »law and economics«, wie etwa der Idee, dass ein Schaden von jenen getragen werden soll, die in der Lage sind, das Verletzungsrisiko zu reduzieren. 2/4

Der Gedanke, die Kosten für Deliktstäter herabzusetzen, findet auch in Situationen Anwendung, wo eine kleine Kommune mit großen Kosten für die Krankenpflege und Betreuung eines Bürgers aufkommt, der in einem Verkehrsunfall schwer verletzt worden ist. Die Kommune wird in einer solchen Situation keinen Regressanspruch gegen die Kraftfahrzeugversicherung haben[8]. Somit tragen tatsächlich öffentliche Dienstleistungseinrichtungen einen Großteil der schadensbezogenen Kosten des Opfers und reduzieren damit die Kosten für den Täter und die Haftpflichtversicherung. Das Prinzip betrifft auch generell Gesundheitsdienste, die von öffentlichen Spitälern geleistet werden – tatsächlich decken solche Dienste zwar einen Teil des Schadens ab[9], doch dies begründet trotzdem keine Regressklage des Staates gegen den Unrechtstäter. Man könnte daher sagen, dass die Bürger durch ihre Einzahlung in das Sozialversicherungssystem eine Art Haftpflichtversicherung zugunsten des Täters abschließen. Die Finanzierung der Kosten von Sozialleistungen erfolgt durch Zahlung bestimmter Steuern durch die Dienstgeber (»arbeidsgiveravgift«, Folketrygdeloven [ftrl.] § 23-2) und durch 2/5

6 Ebendort § 3-7, Nr 1, die lautet: »Die Sozialversicherungs- oder Pensionsanstalt darf gegen die verantwortliche Person bezüglich der Kostentragung oder Schadenshaftung nicht Regress nehmen, es sei denn, der Schaden wurde durch die verantwortliche Person selbst vorsätzlich verursacht.«

7 Om lov om endringer i lov om folketrygd, 19. Juni 1970 Nr 67.

8 Siehe den in Retstidende (Rt.) 2003, 1603 angesprochenen Fall.

9 *Nygaard,* Skade og ansvar 92.

jedes Mitglied des Systems, berechnet als Prozentsatz seines Einkommens (»trygdeavgift«, ftrl. § 23-3)[10]. Zusätzlich kann der Staat einen Beitrag zum Sozialversicherungsfonds leisten (»statstilskott«, ftrl. § 23-10).

2/6 Das System ist in den Materialien, den Gesetzesbestimmungen und der Judikatur gut eingebettet. Eine symptomatische Formulierung des rechtlichen Standpunkts lautet, der deliktische Schadenersatz sei »eine Ergänzung« zu den Unterstützungen und Leistungen, die durch das Sozialversicherungssystem und durch den staatlichen Gesundheitsdienst erbracht werden. Das »Ergänzungsprinzip« wird wiederholt in Fällen angewandt, wo es um die Bemessung von Schadenersatz für Personenschaden geht[11]. Die Überlegungen in Basic Questions I[12] bezüglich des Zusammenspiels von Sozialversicherungssystem und Deliktstätern unterscheiden sich daher ein wenig von der norwegischen Rechtslage, da in dieser den Sozialversicherungseinrichtungen keine Regressklage zur Verfügung steht.

2/7 Der Gedanke, dass die Öffentlichkeit ein »Sicherheitsnetz« wirtschaftlichen Ausgleichs bereitstellt, um den grundlegenden Lebensstandard der Bürger zu garantieren, ist im norwegischen Recht voll verwirklicht. Zahlreiche Versicherungssysteme sind obligatorisch und gewähren dem Opfer bei Unfällen vollen Ersatz. Das betrifft die Kfz-Versicherung (voller Ersatz) und das Kompensationssystem für medizinische Verletzungen (voller Ersatz aus öffentlichen Mitteln), und ansatzweise die Arbeitsunfallversicherung (voller Ersatz für Jahreseinkommen unter 10 G (ca. € 100.000,–)[13]. Die Kfz-Versicherung ist ein Hybrid zwischen Haftpflicht- und Eigenschadenversicherung, während die Kompensation für Patienten eine Eigenschadenversicherung darstellt, die durch die normalen Steuervorschreibungen finanziert wird. Die Arbeitsunfallversicherung wird von den Dienstgebern finanziert und ist daher eine Art Haftpflichtversicherung.

2/8 Ein wichtiger Aspekt der Gesellschaftspolitik besteht darin, Systeme aufzustellen, die garantieren, dass ein Opfer binnen kurzer Zeit nach Schadenseintritt Ersatz erhält. Das ist zB eine Zielsetzung, die zur Konzeption der Arbeitsunfallversicherung geführt hat[14]. Dasselbe gilt für das besondere Ersatzsystem für Verletzungen von Patienten[15]. Um sicherzustellen, dass die Kosten den richtigen Kollektiven versicherter Personen zugewiesen werden, existieren Bestimmungen, die

10 Der Dienstgeber zahlt 14 % (oder weniger, je nach geographischer Lage) des Bruttogehalts, Dienstnehmer zahlen derzeit 7.8 % ihres Gehalts. Für Einkommen aus Wirtschaftstätigkeit beträgt der Satz 11 %.

11 Siehe zB Rt. 1993, 1548; Rt. 1996, 958; Rt. 2002, 1436 und Rt. 2009, 425.

12 Siehe Rz 2/76.

13 »G« bedeutet »folketrygdens grunnbeløp«. Ein G entspricht derzeit NOK 85,245 (ca € 10,000,–). G ist der »Grundbetrag« im norwegischen staatlichen Versicherungssystem. Er wird vom Staat einmal jährlich festgelegt, um staatliche Versicherungsleistungen an die Inflation anzupassen.

14 Siehe Yrkesskadeforsikringsloven, 16. Juni 1989 Nr 65 samt Materialien; zB Norsk offentlige utredninger (Offizielle Norwegische Berichte, NOU) 1988: 6, 76.

15 Siehe Lov om pasientskader, 15. Juni 2001 Nr 53 samt Materialien; zB NOU 1992: 6, Kapitel 2.3.

einen Transfer von Mitteln aus obligatorischen Personenschadensversicherungen in das Sozialversicherungssystem vorsehen. So ist rechtlich vorgesehen, dass der Inhaber einer Kfz-Versicherungspolizze eine bestimmte Gebühr an das Sozialversicherungssystem zahlen muss; siehe ftrl. § 23-7 erster Absatz. Die Gebühr deckt die Kosten, die dem Sozialversicherungssystem durch Personenverletzungen entstehen, die durch Verkehrsunfälle verursacht werden; siehe ftrl. § 23-7 zweiter Absatz[16]. Seit 2004 wird die Gebühr mittels einer jährlichen Steuer bezahlt, die von Kfz-Eigentümern an den Staat entrichtet wird. Der Staat überweist den betreffenden Betrag an den Sozialversicherungsfonds[17]. Ein ähnliches System wurde für die Beziehung zwischen der Arbeitsunfallversicherung und dem Sozialversicherungssystem aufgestellt: die Versicherungsunternehmen, die Versicherung gegen Arbeitsunfälle bieten, müssen eine Rückzahlung an das Sozialversicherungssystem leisten, welche die Kosten decken soll, die dem Sozialversicherungssystem aus Arbeitsunfällen erwachsen; siehe ftrl. § 23-8[18]. Dies hat die Wirkung, dass Dienstgeber höhere Beiträge zahlen müssen, um die Rückzahlungspflicht an den Sozialversicherungsfonds zu finanzieren. Derart werden die realen Kosten des Unternehmens in einem gewissen Ausmaß an den Unternehmer selbst zurückgeführt, als denjenigen, der aus der Arbeit seiner Beschäftigten Gewinn zieht. Ein Unterschied zwischen der Kfz-Versicherung und der Arbeitsunfallversicherung besteht somit darin, dass erstere die Rückzahlungspflicht an den Sozialversicherungsfonds dem versicherten Kfz-Eigentümer auferlegt (im Wege der Besteuerung), während letztere die Rückzahlungspflicht den Versicherungsunternehmen auferlegt.

Das Ergänzungsprinzip erzeugt im Zusammenwirken mit einem relativ hohen allgemeinen Niveau öffentlicher Leistungen eine Verlustzuweisung, deren Verständnis besonders wichtig ist: ein beträchtlicher Anteil des tatsächlichen Schadens, der aus deliktischem Verhalten erwachsen ist, wird durch Besteuerung effektiv auf alle Mitglieder der Gesellschaft verteilt. Dass sich der gewöhnliche Bürger mit einer hohen Steuerlast abfindet, muss im Licht der erwähnten Solidarität und Wohlfahrtsorientierung gesehen werden, wie sie der modernen Version von Sozialdemokratie entspricht. **2/9**

Diese Gedanken betreffen auch die Lage der Versicherungen. Ein Eigenversicherungsunternehmen muss aus dem Versicherungsvertrag Ersatz leisten und hat keinen Regressanspruch gegen den Deliktstäter, sofern dieser nicht vorsätz- **2/10**

16 Die Gebühr ist gering, etwa € 25,– pro Jahr pro Kfz. Die Höhe der Gebühr wird jährlich von der Regierung festgesetzt.

17 Siehe *A. Kjønstad* (Hrsg), Folketrygdloven med kommentarer (2007) 964 f.

18 Siehe zum System NOU 2004: 3 Arbeidsskadeforsikring 404 f. Die Rückzahlung seitens der Versicherung beträgt üblicherweise 120 % der Ersatzzahlungen des Versicherten an den verletzten Dienstnehmer. Siehe *Kjønstad,* Folketrygdloven 965 f. Man muss sich bewusst sein, dass das Sozialversicherungssystem den Großteil des Einkommensverlusts ersetzt, während die Arbeitsunfallversicherung nur einen Ergänzungsbetrag zahlt.

lich oder grob fahrlässig gehandelt hat[19]. Je nach Inhalt des Versicherungsvertrages kann das Opfer Ersatz sowohl von der Eigenschadensversicherung als auch vom Täter erlangen. Das Gesetz enthält eine besondere Bestimmung für Minderung der Zuerkennung von Schadenersatz, wenn eine Eigenschadensversicherung vorliegt. Die marktbeherrschenden Versicherungen haben allerdings aufgehört, solche Reduktionen geltend zu machen, wahrscheinlich um Erwerbern von Eigenschadensversicherungen das Gefühl zu vermitteln, dass sich ihre Investition lohnt. Die Rechtsgrundlage für eine Reduktion der zuerkannten Ersatzleistung »ruht« daher, mit Ausnahme von Fällen, in denen der Staat Täter ist, typischerweise in Fällen medizinischer Behandlungsfehler, bei denen Norsk Pasientskadeerstatning namens des Staates den Schadenersatz zahlt. Eine Situation, in der nur der Staat auf Kosten des Opfers von einer Rechtsregel profitiert, mag einige Nachteile bewirken. Der Ausschuss, der den neuen Entwurf bezüglich Ersatzleistung bei Personenschäden verfasst hat, hat vorgeschlagen, die erwähnte Reduktionsregel abzuschaffen[20].

2/11 Die oben beschriebenen wesentlichen Aspekte des norwegischen Schadenersatzsystems haben hauptsächlich für Personenverletzungen Bedeutung. Andere Schadenstypen werden vom speziellen skandinavischen Weg und seiner Wohlfahrts-Orientierung nicht in derselben Weise beeinflusst. Allerdings gibt es auch Regeln zur Verlustübertragung, wenn Sachen beschädigt worden sind. So wird Sachbeschädigung, die in der Privatsphäre lediglich fahrlässig verursacht wurde, von der Privatversicherung des Opfers gedeckt, sofern der Geschädigte über eine solche verfügt. In diesem Fall darf das Opfer (auf Grund eines gesetzlichen Verbots) den Täter nicht direkt belangen. Und der Eigenschadensversicherer hat dementsprechend keinen Regressanspruch gegen den Deliktstäter. Dies folgt direkt aus dem Schadenersatzgesetz[21]. Derart wird Sachbeschädigung in der Privatsphäre der Bürger hauptsächlich durch Eigenschadensversicherung gedeckt. Wenn Schaden allerdings im Bereich beruflicher Tätigkeit verursacht wird, weisen die Vorschriften den Verlust den Haftpflichtversicherern zu, und dies geschieht auch in Fällen von einfacher Fahrlässigkeit oder strikter Haftung[22].

19 Siehe skl. § 3-dritter Absatz.
20 Siehe NOU 2011: 16, 56–58.
21 Dieses System ist in skl. §§ 4-2 und 4-3 kodifiziert.
22 Das folgt aus skl. § 4-2 Nr 1 b).

II. Norwegischer Pragmatismus im Schadenersatzrecht

A. Rechtsquellen und Rechtsanwendung

Das Schadenersatzrecht beruht in Skandinavien weitgehend auf breiten Prinzipien, die für alle Lebensbereiche gelten sollen. Gleichzeitig sind nur Teile des Gesamtsystems als formelle Gesetzesbestimmungen kodifiziert. Grob gesprochen sind allgemeine Regeln über Verschulden, strikte Haftung, Verursachung und Schadensbegriff nicht kodifiziert, sondern bestehen nur als allgemeine Prinzipien auf der Grundlage von Judikatur und Gewohnheitsrecht. Die Regeln über Dienstgeberhaftung, Haftung für Tiere und Kinder, sowie einige Bestimmungen über Personenschäden, Regressklagen, Mitverantwortung und Reduktion sind kodifiziert. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber bewusst den Gerichten einen großen Raum für die Entwicklung des Rechts überlassen. Eine Entscheidung des Obersten Gerichts ist für die Untergerichte bindend und wird deshalb zumeist befolgt, soweit die Auslegung des Falles reicht. Viele wichtige Bereiche des Schadenersatzrechts sind das Ergebnis der Judikatur des Obersten Gerichts[23]. **2/12**

Solange das Schadenersatzrecht nur wenige klare Regeln umfasste, bestand ein wesentlicher Aspekt norwegischer Überlegungen in diesem Bereich darin, konkrete individuelle Interessen im Licht breiter Prinzipien abzuwägen. So haben norwegische Rechtswissenschaftler seit langem anerkannt, dass Deliktsrecht anders verstanden werden muss als zB Sachenrecht oder Vertragsrecht. Der Umstand, dass gerade Hauptkriterien der Haftung breit formuliert sind, spricht für eine pragmatische Sichtweise von Gesetzen, Fallentscheidungen und anderen positiven Formulierungen von Rechtsvorschriften. Dies ist notwendig, um die breiten Prinzipien auf die konkreten und individuellen Fälle anzuwenden. Wie erwähnt, werden die Leitsätze des Schadenersatzrechts allgemein gehalten, damit sie auf alle Lebensbereiche angewandt werden können. Ein gutes Beispiel ist die *culpa-Regel,* die so konzipiert ist, dass sie für alle Fälle Richtschnur sein kann, ob diese nun hochprofessionelle technische Fertigkeiten betreffen oder einfachere Tatsachen des täglichen Lebens, wie etwa, ob ein Lehrer seinen Schülern genügend Sorgfalt widmet, wenn diese gymnastische Übungen durchführen[24]. Die Allgemeinheit der Normen erzeugt von vornherein die Notwendigkeit von Ermessen und pragmatischer Vorgangsweise auf der Grundlage spezifischer individueller Umstände des Falles. Aus der Sicht norwegischer Rechtsgelehrter ist Schaden- **2/13**

---

23 Siehe zB das wichtige Fallrecht zur strikten Haftung für gefährliche Tätigkeit Rt. 1939, 766; Rt. 1948, 719 und Rt. 1983, 1052.

24 *B. Askeland,* Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten, in: G. Holgersen/K. Krüger/K. Lilleholt (Hrsg), Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) 21–34, 23.

ersatzrecht »das Recht unerwarteter Ereignisse«, und deshalb kann man nicht immer im Vorhinein klare Regeln aufstellen[25]. In einem gewissen Ausmaß verlangen die Bemühungen um das Schadenersatzrecht nach vernünftigen Kombinationen breiter Prinzipien, ähnlicher Fälle und besonderer Erwägungen auf Grund des speziellen Falles. In der norwegischen – ziemlich pragmatischen – Tradition juristischer Argumentation und juristischer Methode gibt es gute Möglichkeiten für solche Anpassungen. Besonders erwähnenswert ist die Tradition, Gewicht auf die »realen Wertungsgesichtspunkte« des konkreten Falles zu legen, eine Vorgangsweise, die dem Gedanken der Berücksichtigung der »Natur der Sache« nahekommt.

2/14 Dieser methodologische Ansatz wird von einer Regierungstradition begleitet, die wichtigsten Regeln nicht zu kodifizieren. Weder die Verschuldensregel noch die Regel strikter Haftung ist kodifiziert; sie beruhen daher auf einem Bündel von Erwägungen und Prinzipien, die im konkreten Fall in verwendbare Argumente umgewandelt werden müssen. Dieses Bündel von Erwägungen und Prinzipien ist aus dem Fallrecht hervorgegangen. Zugleich besteht (und bestand) die Strategie des Gesetzgebers darin, die Weiterentwicklung bestehender Prinzipien als Aufgabe der Gerichte zu betrachten. Nach grober Schätzung findet nur die Hälfte der maßgeblichen Rechtsvorschriften Ausdruck im Gesetzesrecht. Dementsprechend wichtig ist die Rolle der Judikatur in der Entwicklung des Schadenersatzrechts. Eine große Zahl höchstgerichtlicher Entscheidungen beschränkt die Haftung und die Bemessung von Schadenersatz. Diese Fälle bilden Leitlinien für juristische Argumentation, die starke Beachtung bei den Untergerichten genießen, und große Aufmerksamkeit wird jeweils neuen Variationen von Rechtsproblemen gewidmet, wenn diese das Oberste Gericht erreichen. Diese Faktoren schaffen einen Ansatz für juristische Argumentation im Schadenersatzrecht, der große Gemeinsamkeiten mit dem Gedanken eines beweglichen Systems hat, was von Wissenschaftlern gelegentlich hervorgehoben wird[26].

B. Ein umfassender methodologischer Ansatz

2/15 Das Gesamtbild ist komplex, doch noch immer als kohärentes System begreifbar. Man muss sich bewusst sein, dass norwegische Privatrechtsgesetzgebung, wie oben erwähnt, lange Zeit eine Ideologie (oder Politik) bloß teilweiser gesetzlicher Regelung verfolgt hat. Gleichzeitig sind sich die Gerichte dessen wohl bewusst und sind deshalb bereit, allgemeine Prinzipien des Privatrechts aufzustellen

25 *Askeland* in: Holgersen/Krüger/Lilleholt, Festskrift til Nils Nygaard 21–34, 23.

26 Siehe *Askeland* in: Holgersen/Krüger/Lilleholt, Festskrift til Nils Nygaard 21–34, 27; *S. Koch,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen im norwegischen Recht (2011) 130.

und weiterzuentwickeln, um die gerichtlich anhängigen Fälle zu lösen. Auf diese Art entsteht ein lockeres, doch durchaus funktionierendes System. Ohne Zweifel bestehen zahlreiche Lücken zwischen positiven Rechtssätzen, die der Jurist so gut wie möglich füllen muss. Die juristische Methode liefert ihm oder ihr die Werkzeuge für dieses Unternehmen, zB die oben erwähnten »tatsächlichen Umstände«[27]. Eine pragmatische Version von *Dworkins* konstruktiver Interpretation, so könnte man diesen Zugang beschreiben[28]. Die norwegische Vorgangsweise kann nach *van Dam* wahrscheinlich irgendwo zwischen dem deutschen systemorientierten Rechtsdenken und der pragmatischeren englischen Fallrechtsmethode angesiedelt werden[29].

Auf diesem Hintergrund wird der Jurist, wenn er auf das System blickt, einen treffenden Eindruck von dessen Geschlossenheit erlangen. Wenn er sich einem Fall nähert, kann er entscheiden, wie eine Funktion im konkreten Fall am besten angewendet werden kann. Er wird erkennen, dass die Hauptaufgabe des Schadenersatzrechts in der Kompensation des Opfers besteht, in erster Linie in wirtschaftlicher Hinsicht, während andere Institute des Privatrechts angewandt werden müssen, um eine Gewinnabschöpfung zu bewirken. Grundsätzlich könnte man sagen, dass das norwegische System sich weitgehend durch Möglichkeiten auszeichnet, Verhältnismäßigkeit zu erzielen zwischen den Voraussetzungen einer Norm und ihren Auswirkungen. Wenn also auf Seiten des A Rechtswidrigkeit vorliegt aber kein Verschulden, so kann er gezwungen werden, Gewinn herauszugeben statt Ersatz zu leisten. **2/16**

C. Der Alles-oder-nichts-Ansatz und seine Ausnahmen

Der Alles-oder-nichts-Ansatz ist im System als einer der wenigen Fixpunkte eingebettet, der beachtet werden muss, wenn eine Entscheidung zu treffen ist. Ein wichtiger Grund für den Ansatz liegt in der Entwicklung der Kausalitätstheorie. Diese baut auf den Theorien von *John Stuart Mill* auf[30]. Ein einflussreicher Autor des frühen 20. Jahrhunderts, *Fredrik Stang,* hat die Kausalitätstheorien in Schadenersatzprinzipien des norwegischen Rechts transformiert. Insbesondere die Äquivalenztheorie wurde betont: eine notwendige Ursache, auch wenn sie nur einen geringen Teil der verursachenden Faktoren ausmacht, ist Ursache des ganzen Schadens, und der Täter haftet für den gesamten Verlust[31]. Sobald die Schwelle für **2/17**

27 Siehe Rz 2/1 ff.
28 Bezüglich *Dworkins* constructive interpretation siehe zB *R. Dworkin,* Law's Empire (1986) 22 ff.
29 *C. van Dam,* European Tort Law² (2013) 132 f.
30 *J. S. Mill,* A System of Logic, London (1898).
31 *F. Stang,* Skade voldt av flere (1918) 9.

eine notwendige Ursache überschritten ist, wird der Täter hinter dieser Ursache voll haftbar, freilich gelegentlich solidarisch mit seinem Mittäter. Solange die Kausalitätsregeln von dieser Auffassung bestimmt werden, gibt es Hemmnisse gegenüber der Möglichkeit abweichender Lösungen. Der Ansatz ist sehr dominant im Sinne eines »Vorverständnisses« der Schadenersatzrechtler, und es ist daher schwierig, Zustimmung für Radikallösungen, wie zB Anteilshaftung, zu erlangen[32].

2/18 Das Alles-oder-nichts-Prinzip wird allerdings durch Instrumente untergraben, die eine Reduktion des Anspruchs vorsehen, sodass der Kläger einen Teil des Schadens selbst tragen muss. Ein Beispiel bildet die Mitverschuldensregel mit Reduktion des Schadens auf der Grundlage der Mitwirkung des Opfers am Schaden (Skadeserstatninsloven [skl.] § 5-1). Die Reduktionsklausel (skl. § 5-2) ist in diesem Zusammenhang ebenfalls wichtig, siehe dazu unten Rz 2/145 ff. Es ist auch zu beachten, dass die Reduktionsklausel eine Bestimmung darstellt, die einen gewissen Ermessensspielraum eröffnet. Einen solchen Spielraum gibt es in den unkodifizierten Bereichen des Schadenersatzrechtes nicht. Daher wird das Alles-oder-nichts-Prinzip oft angewandt und für entscheidend erachtet.

32 Zur Anteilshaftung im norwegischen Recht siehe unten Rz 2/61 ff.

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Einleitung

Der Gedanke geschützter Rechte ist im norwegischen Recht nicht sehr deutlich ausgeprägt. Auf einer theoretischen Ebene existieren allerdings Ideen über persönliche Unversehrtheit, Eigentum und Werte. Man stellt sich eine Sphäre von Interessen vor, die ein Individuum kraft seiner Stellung als Mitglied der Gesellschaft und Rechtsordnung besitzt. Wenn jemand diese Sphäre beeinträchtigt, ohne dazu berechtigt zu sein, kann Schadenersatz als Sanktion vorgesehen sein. Die bloße Beeinträchtigung reicht jedoch für sich allein nicht aus. Es findet das allgemeine System Anwendung: man muss materiellen Schaden oder alternativ einen Rechtsgrund für den Ersatz immateriellen Schadens dartun. **2/19**

Was Personenschäden betrifft, sind andere Kompensationssysteme de facto wichtiger für den Schutz der Grundbedürfnisse des Opfers als das Schadenersatzrecht. Verschiedene Ersatzsysteme, wie etwa Versicherungsverträge oder Sozialversicherungsleistungen, stellen politisch erwünschte Lösungen zur Sicherung des Opfers dar. In sozialdemokratischer Denkweise kommt die Solidarität der Gemeinschaftsmitglieder klar zum Ausdruck und ist tief in der politischen Kultur verankert. Eine solche Solidarität kann sehr wohl – in der Sicht von *Kaarlo Tuoris* vielschichtigem Rechtssystem – als Teil der »tiefen Strukturen« des Rechts in der norwegischen Gemeinschaft beschrieben werden[33]. In diesem gesellschaftlichen und kulturellen Klima haben Sicherheitsnetze der Entschädigung starke Legitimität. Es existieren gute Ersatzsysteme für Patienten (beinahe strikte Haftung, voller Ersatz), für Verbrechensopfer (Kompensation mit einer Obergrenze von 40 G, dh ca. € 400,000,–), und für Opfer von Kraftfahrzeugunfällen (strikte Haftung, volle Kompensation). Am wichtigsten ist allerdings das Sozialversicherungssystem, das darauf abzielt, dem Opfer für alle Arten von Gesundheitsminderung guten Ausgleich zu gewähren. Bezüglich seines Einkommensverlusts bekommt das Opfer bis zu 60 % aus dem Sozialversicherungssystem. Nach der jüngsten Revision des Systems werden zahlreiche Bürger berechtigt sein 66 % ihres Einkommens zu erhalten. Die Berechnung erfolgt freilich derart, dass das Opfer häufig weniger Einkommen erhält, da der Ersatz auf dem Einkommen der besten drei von fünf Jahren vor der Krankheit oder **2/20**

33 *K. Tuori,* Critical Legal Positivism (2003) 147 ff. Dieser finnische Autor teilt zum Zweck theoretischer Analyse Rechtssysteme in drei Schichten: Oberfläche, Rechtskultur und tiefe Strukturen des Rechts.

Behinderung beruht, welche das Recht auf Leistung auslöst[34]. Trotzdem muss man fairerweise sagen, dass die Gesellschaft gut für die Bürger sorgt und dadurch das System »ölt«[35]. Derzeit wird diskutiert, welche Arten von Kompensation die Leistungen des Sozialversicherungssystems ergänzen sollen[36]. In den letzten Jahren hat man erörtert, ob das Opfer Kompensation dafür erlangen sollte, dass es nicht mehr in der Lage ist, einen Haushalt zu führen, und zB für den Verlust der Fähigkeit, Kindern die besonderen Leistungen der Elternschaft zu erbringen. Die Schadenersatzdebatte wird einerseits im Hinblick auf das hohe Leistungsniveau geführt, das einer zivilisierten Gesellschaft entspricht. Andererseits ist es unvermeidlich, daran zu denken, dass einige Ansprüche auf der ungesunden Mentalität beruhen, Geld für jede vorstellbare Situation zu fordern, die vom Standpunkt des Opfers aus als negativ empfunden wird. Im Grunde existiert freilich ein starker Gerechtigkeitssinn: Schaden sollte ersetzt werden, so weit dies möglich ist.

2/21 Bezüglich der anderen Rechtsgebiete, die das Schadenersatzrecht umgeben, enthält die Analyse des deutschen Rechtskreises in Basic Questions I Teil 2 Überlegungen und Erläuterungen, die für das Schadenersatzrecht sowohl erheblich als auch gültig sind, zB das Zusammenspiel von Schadenersatzrecht mit Strafrecht oder Versicherungsrecht. Andere Teile des erwähnten Bündels von Schutzvorschriften haben besonders konzipierte Bestimmungen, die dem dargestellten deutschen Rechtskreis entsprechen.

II. Beispiele für ergänzende Regelungen

2/22 Zusätzlich zu den klassischen Schadenersatzregeln existieren besondere Vorschriften für besondere Probleme, die das Bild abrunden. Im norwegischen Recht gibt es zB ein kodifiziertes *Notwehrrecht;* siehe skl. § 1-4 zweiter Satz. Wird ein Opfer angegriffen, darf es sich auch auf Kosten des Täters verteidigen, ohne Schadenersatz zahlen zu müssen. Die Frage der Notwehrüberschreitung ist allerdings in der Lehre nicht erörtert worden. Ein anderes Beispiel bildet das Bündel spezieller Vorschriften über *Gläubigeranfechtung* in einem Gesetz über Gläubigerbefriedigung. Die klassische »actio Pauliana« ist in »Dekningsloven« § 5-9 kodifiziert[37]. Die

34 Siehe den neuen Entwurf für ein Sozialversicherungsgesetz, Proposisjon til stortinget (forslag til lovvedtak) (Prop.) 150 L (2010–2011).

35 Natürlich wird in diesem Zusammenhang das Wort »Öl« mit Bedacht gewählt: Die Grundlage des sanften norwegischen Systems ist der nationale Wohlstand, der durch Erschließung der natürlichen Ölvorräte unter der Nordsee erreicht wurde.

36 Siehe das oben erwähnte Konzept eines Deliktsrechts, das die öffentliche Finanzierung der Grundsicherung der Bürger ergänzt.

37 Dekningsloven (Gläubigerbefriedigungsgesetz, dl.) 8. Juni 1984 Nr 59.

Bestimmung nennt etliche kumulative und alternative Voraussetzungen in Bezug auf das Verhalten des Schuldners. Wenn dieser zB in unannehmbarer Weise an einen ausgewählten Gläubiger in einer Weise leistet, die für die anderen Gläubiger nachteilig ist, und er wusste oder wissen musste, dass sich deren finanzielle Lage dadurch wesentlich verschlechtert, wird die Verfügung für nichtig erklärt und die Vermögenswerte müssen in das Vermögen des Schuldners rückgeführt werden. Die Bestimmung in dl. § 5-12 ordnet eine Rückzahlung des vollen Wertes der Leistung an, die der Anfechtung unterliegt, und daher ist die Konkursmasse berechtigt, den Vermögensverlust ersetzt zu erhalten, vorausgesetzt, der bevorzugte Gläubiger hat in schlechtem Glauben gehandelt. Wenn die bevorzugte Partei jedoch gutgläubig war, ist der Anspruch auf die vorhandene Bereicherung des Gläubigers beschränkt[38]. Derart besteht eine Art Verhältnismäßigkeit zwischen Voraussetzungen und Sanktionen. Wenn die erwähnten Voraussetzungen nicht erfüllt werden, kann der Gläubiger noch immer auf die allgemeinen Schadenersatzregeln zurückgreifen[39]. Gläubigeranfechtung wurde historisch als Anspruch des Deliktsrechts verstanden, und die Verschuldensregel ist nicht dadurch abgeschafft worden, dass zum Schutz der Gläubigerstellung eine besondere gesetzliche Bestimmung erlassen worden ist.

In Bezug auf *einstweilige Verfügungen* ist im norwegischen Privatrecht nie eine umfassende Theorie entwickelt worden. Es gibt allerdings fragmentarische Vorschriften in verschiedenen Rechtsbereichen, etwa im Nachbarrecht oder im Wohnungsmietrecht[40]. Diese Bestimmungen ordnen an, dass eine Partei nicht berechtigt ist, eine bestimmte Handlung auszuführen, und dass sie verpflichtet ist, die andere Partei durch Unterlassung dieser Handlung zu respektieren. Darin liegt zumeist die Widerspiegelung eines Sachenrechts. Es existiert eine Vielzahl solcher Rechtssätze im Privatrechtsbereich, und es wird kaum von Interesse sein, sie im Detail anzuführen. Das Gesamtsystem kann wie folgt charakterisiert werden: Die Möglichkeit einer Partei, gegen eine andere Partei eine einstweilige Verfügung zu erlangen, hängt davon ab, ob in einem Rechtsbereich wirtschaftliche Sanktionen zur Verfügung stehen. Manchmal können diese wirtschaftlichen Sanktionen in einer einstweiligen Verfügung Ausdruck finden. Zusätzlich bestehen bestimmte Verfahrensregeln im Exekutionsverfahren, die einer Partei dazu verhelfen, denselben Effekt wie mit einer einstweiligen Verfügung zu erzielen. Wenn zB A sieht, dass B im Garten, der an seine Veranda angrenzt, eine instabile Mauer errichtet, kann A den B klagen und eine einstweilige Verfügung (»midlertidig forføyning«) begehren, dh B wird verpflichtet, das Bauvorhaben abzubrechen, oder A **2/23**

38 Siehe dl. §§ 5-2, 5-8 und 5-11.

39 *M. H. Andenæs,* Konkurs (2009) 352.

40 Siehe Grannel (»Gesetz über Nachbarschaftsbeziehungen«) 16. Juni 1961 Nr 15 §§ 61, 10 und 11, Husleieloven (»Gesetz über Wohnungsmiete«) 26. März 1999 Nr 17 Kapitel 9.

kann zwecks Befolgung der Verfügung die Hilfe der Polizei in Anspruch nehmen[41]. In einem ordentlichen Zivilprozess kann A eine richterliche Entscheidung erlangen, in der Rechte oder Pflichten eines Bürgers festgestellt werden (»fastsettelsesdom«) und die bestätigt, dass auf Grund von As Sachenrecht B kein Recht hat, die Mauer zu errichten. Der Anspruch auf eine einstweilige Verfügung setzt den Beweis voraus, dass nach überwiegender Wahrscheinlichkeit A ein Recht hat, das von B respektiert werden muss[42].

2/24 Wenn also Sachenrechte des Opfers bedroht sind, kann es von der Rechtsordnung Unterstützung begehren, indem es eine »midlertidig forføyning« beantragt, eine einstweilige Untersagung der Handlung des Täters, welche dieselbe Funktion erfüllt wie eine injunction des common law. Die Hauptvoraussetzung seitens des Opfers ist die Beweisführung, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer Verletzung seiner Sachenrechte bedroht ist[43]. Ist diese Bedingung erfüllt, wird das Gericht eine Entscheidung treffen, die dem Opfer erlaubt, die Macht des Rechtssystems für die Durchsetzung seiner Rechte zu nutzen. Das bedeutet zB, dass es Polizeiunterstützung für die Rückerlangung seiner Sachen oder zur Unterbindung störender Eingriffe erhalten kann[44]. Anschließend muss der Antragsteller unter Umständen sein Recht in einem ordentlichen Zivilprozess beweisen.

III. Insbesondere zum Bereicherungsrecht

2/25 Im norwegischen Recht existieren keine strengen Grenzen zwischen Deliktsrecht und ungerechtfertigter Bereicherung. Trotzdem haben Gelehrte seit langem anerkannt, dass Deliktsrecht nicht dieselbe Funktion erfüllen kann wie Sondervorschriften für ungerechtfertigte Bereicherung. Bereits 1919 hat der einflussreiche Gelehrte *Fredrik Stang* betont, dass Deliktsrecht keine Rechtsgrundlage für die Behauptung bot, der Beklagte müsse auf Grund einer Beeinträchtigung eines Eigentumsrechts des Opfers Restitution oder Gewinnherausgabe vornehmen[45]. Das Deliktsrecht könne lediglich eine Rechtsgrundlage für den Ersatz von Vermögensschaden und in einem gewissen Ausmaß von Nichtvermögensschaden bieten. Diese Einsichten sind in einer jüngeren theoretischen Arbeit von *Erik Monsen* erneuert worden, in der die Rechtsgrundlage für Ansprüche auf Restitution und

41 Siehe Tvangsfullbyrdelsesloven (»Exekutionsgesetz«) 26. Juni 1992 Nr 86, Kapitel 13.
42 *E. Monsen,* Forbud og utbedring ved overtredelse av unnlatelsesplikt, Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) (2011) 47–522.
43 Siehe Tvisteloven (tvl.) 17. Juni 2005 Nr 80 § 34-2.
44 Tvl. § 34-4.
45 *F. Stang,* Erstatningsansvar (1927) 384 f.

Gewinnherausgabe genau untersucht wurden[46]. *Monsen* behauptet, dass diese Ansprüche außerhalb des »Deliktsrechtsparadigmas« begründet werden müssen[47]. Das Bereicherungsrecht kennt bestimmte Prinzipien, die in bestimmten gesetzlichen Vorschriften Unterstützung finden, es existiert allerdings noch kein klares und umfassendes Prinzip der Gewinnherausgabe[48].

Obwohl die Unterscheidung von Deliktsrecht und ungerechtfertigter Bereicherung von Gelehrten beachtet worden ist, hat sich das Oberste Gericht nicht immer darum gekümmert. Das Oberste Gericht bezeichnet manchmal Ansprüche, die tatsächlich Bereicherungsansprüche sind, als Schadenersatzansprüche; siehe Retstidende (Rt.) 1981, 1215, die *»Trollheimen-Entscheidung«.* Der Eigentümer einer Rentierherde hat die Tiere wissentlich jahrelang auf dem Grundstück eines anderen grasen lassen. Der Anspruch auf Vergütung für rechtswidrige Nutzung fremden Eigentums für die Rentiere wurde als Schadenersatzanspruch qualifiziert. Dabei war klar, dass der Anspruch auf angemessene Vergütung für Nutzung des Landes ging und nicht auf Ersatz eines tatsächlichen Schadens des Grundstückseigentümers. Die Entscheidung schuf ein spezielles Prinzip: wer wissentlich Eigentum eines anderen für eigene Zwecke nutzt, sollte im Allgemeinen für die Nutzung ein angemessenes Entgelt zahlen. **2/26**

Diese Entscheidung ist eine von mehreren, die zusammen mit einer Anzahl von Bestimmungen in verschiedenen Privatrechtsgesetzen im norwegischen Recht die Grundlage für die Rückgabe ungerechtfertigter Bereicherung bilden[49]. *Monsen* hat ausgeführt, dass die vielen positiven Entscheidungen und Bestimmungen im norwegischen Recht die Basis für allgemeine Prinzipien, wie das oben im Zusammenhang mit dem Rentierfall erwähnte, darstellen. Ein weiteres solches Prinzip bezieht sich auf die Reproduktion von Sachen zum Zweck der Vermarktung: *Monsen* verlangt, dass jemand, der die Arbeit eines anderen kopiert, den dadurch erzielten Gewinn herauszugeben hat. **2/27**

Als Gesamteindruck kann festgehalten werden, dass die Frage der Herausgabe der Bereicherung nicht wirklich eine Bedrohung von Deliktsregeln darstellt oder umgekehrt. Der Umstand, dass die Ansprüche auf verschiedene Weise motiviert sind und beurteilt werden, ist Anwälten und Gelehrten, die auf diesem Rechtsgebiet arbeiten, durchaus klar und deutlich[50]. **2/28**

---

46 *E. Monsen,* Berikelseskrav (2007).

47 *Monsen,* Berikelseskrav 27–30.

48 Siehe dazu *Monsen,* Berikelsekrav 337–421.

49 Eine wichtige Vorschrift ist Lov om hendelege eigedomshøve (»Gesetz über Miteigentum«) 10. April 1969 Nr 17 § 15, die anordnet, dass jemand, der wissentlich aus der Nutzung fremden Eigentums Gewinn erzielt, diesen Gewinn an den Eigentümer der Sache herausgeben muss.

50 Die Unterscheidungen von Funktionen, Rechtsgrundlagen und Bewertungsvorschriften werden in umfassender Weise in der oben erwähnten Arbeit von *Monsen,* Berikelseskrav dargelegt und erörtert.

2/29 Die Beeinträchtigung der Rechte und Sachen anderer Bürger kann ein Delikt darstellen, und dann ist das Opfer berechtigt, seinen Schaden geltend zu machen. Manchmal führt die Beeinträchtigung zu einem Gewinn für den Beeinträchtigenden, typischerweise wenn jemand das Kunstwerk oder die Idee eines anderen nutzt. Die wichtige Frage lautet, ob es in diesen Fällen eine Rechtsgrundlage für Gewinnherausgabe gibt. Es ist zu beachten, dass die Bemessung von Schadenersatz im Deliktsrecht für solche Ansprüche keinen Raum gibt. Eine akzeptable Lösung kann jedoch bei einigen Sonderbestimmungen zum Schutz des Eigentums in bestimmten Situationen gefunden werden[51]. *Erik Monsen* fordert, ein allgemeines Prinzip anzuerkennen, das jedermann zur Gewinnherausgabe zwingt, der die Arbeit oder das Eigentum eines anderen zur Erzielung von Gewinn ausbeutet[52]. Bislang hat sich das Oberste Gericht sehr reserviert gezeigt, und es gibt keine Ansätze zu einer solchen Entwicklung in der Judikatur.

IV. Das in Basic Questions I angesprochene Kohärenzproblem

2/30 Die von *Koziol* in Basic Questions I erhobene Forderung, das System müsse kohärent sein und seine Prinzipien und Regeln dürfen nicht für andere Zwecke als die ursprünglich angestrebten benützt werden, ist auch für das norwegische Recht bedeutsam. Ein Sinn für Ordnung, die Notwendigkeit vernünftiger Unterscheidungen und Vorsicht bei der Anwendung verschiedener Sanktionen sind ein Anliegen der Verwirklichung von Gerechtigkeit für den Bürger. Beim akademischen Zugang zum Schadenersatzrecht sollte man sich bewusst sein, welche Rolle dem Schadenersatzrecht im Zusammenspiel von Regeln zukommt, die das Vermögen und andere Rechte der Bürger schützen. Im norwegischen Recht ergibt sich allerdings durch seinen pragmatischen Ansatz und die historische Entwicklung des Schadenersatzrechts ein anderes Bild des Systems als im deutschen Rechtskreis. Das Schadenersatzrecht bildet in gewissem Umfang sowohl den Ausgangspunkt für andere Rechtsbehelfe als auch eine Art von Sicherheitsnetz – eine Garantie der Möglichkeit, in konkreten Fällen vernünftige Lösungen zu erzielen. Es existiert keine ausdrückliche Befürchtung, dass Lösungen, die auf anderen Rechtsvorschriften beruhen, dem Schadenersatzrecht widersprechen oder dieses untergraben könnten. Ein Grund dafür ist vielleicht der methodologische Ansatz des norwegischen Privatrechts. Obwohl die Regierung einmal die Absicht hegte, das

51 Siehe zB Lov om hendelege eigedomshøve § 15, Sameieloven § 9 und Selskapsloven § 2-23.
52 *Monsen,* Berikelseskrav 339 ff.

Privatrecht zu kodifizieren, wurde dies niemals ausgeführt. Nur Teile des positiven Rechts wurden zu verschiedenen Zeiten gesetzlich geregelt, doch ohne wirklich umfassenden Ansatz. Daher wurden Gedanken wie Kohärenz und umfassende Regelung den Richtern überlassen, die bis zu einem gewissen Grad von einigen bekannten Lehrbüchern des Privatrechts Anleitung erhalten. Dieser Zugang hat das Schadenersatzrecht in der Position eines rechtlichen Hintergrunds belassen, als Bündel von Prinzipien, die alle Arten von Defiziten in anderen Rechtsbereichen ausgleichen können[53]. Der Grund dafür liegt zum Teil darin, dass in der historischen Sicht des Privatrechts Vertragsrecht und Deliktsrecht die zwei möglichen Grundlagen von Geldansprüchen bildeten[54]. Ein gut ausgebildeter Jurist, der sein Privatrecht kennt, wird die Möglichkeit haben, Voraussetzungen und Wirkungen auf intelligente und verhältnismäßige Weise anzupassen. Wenn ein Fall tatsächlich die Ausbeutung von Gütern eines anderen ohne Zahlung einer angemessenen Gebühr betrifft, gestatten die offenen Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung dem Eigentümer, die Auszahlung des Gewinns an ihn zu verlangen, gleichgültig ob er einen Schaden erlitten hat, der den Vorschriften des Deliktsrechts entspricht. Angemessene Lösungen stehen auch für Eigentumsherausgabe (rei vindicatio) und Verhütungskosten zur Verfügung.

Dieser Ansatz scheint gut zu funktionieren, soweit die Entwicklung des Privatrechts betroffen ist. Ein Nachteil liegt natürlich darin, dass die ziemlich freie und unbeschränkte Behandlung solcher Fragen manchmal einen Mangel an Vorhersehbarkeit bewirkt. Andererseits gewährt das System die Möglichkeit maßgeschneiderter Entscheidungen. Juristen missbrauchen im Allgemeinen das Schadenersatzrecht nicht, sondern benützen es als Werkzeug zur Ausarbeitung fairer und gerechter Entscheidungen. Der Jurist wird zB wissen, dass Prävention vom Strafrecht wahrgenommen werden wird, und dass es im Schadenersatzrecht Abwehrrechte gibt[55]. In den unkodifizierten Prinzipien des Privatrechts gibt es ein deutliches Recht auf Verteidigung. Es gibt also gute Möglichkeiten, gerechte Ergebnisse zu erzielen, ohne die Regeln des Deliktsrechts zu verdrehen oder zu verbiegen. Eine andere Sorge *Koziols* betrifft den Umstand, dass von der Idee des reinen Schadenersatzes abgewichen wird, wenn Strafschadenersatz (punitive damages) auferlegt wird, womit möglicherweise andere Zwecke verfolgt und Funktionen ausgeübt werden, als dem Schadenersatzrecht legitimerweise zukommen. Straffunktionen sollten durch das öffentliche Recht ausgeübt, das Schadenersatzrecht sollte jedoch nicht mit einer solchen Aufgabe überfrachtet werden. Für das norwegische Recht besteht diesbezüglich keine unmittelbare Gefahr. Die durch das Erfordernis eines Vermögensschadens gesetzten Grenzen werden fast nie 2/31

53 Siehe die Bemerkungen zu einem umfassenden methodischen Ansatz oben Rz 2/15 f.
54 *P. Augdahl,* Den norske obligasjonsretts almindelige del[5] (1978) 2.
55 Siehe skl. § 1-4.

überschritten, obwohl Gelehrte in den letzten Jahren einen stärker gesellschaftspolitisch orientierten Ansatz im Schadenersatzrecht vertreten und empfohlen haben, Geldsanktionen anzuwenden, um verschiedene Präventionsziele zu erreichen[56]. Eine Bemessung dieser Art wird in wissenschaftlichen Arbeiten über ungerechtfertigte Bereicherung und Beeinträchtigung geistigen Eigentums empfohlen[57]. Das Oberste Gericht hat allerdings noch nie Schadenersatz so bemessen, dass darin Strafschadenersatz enthalten gewesen wäre, oder auf sonstige Art reines Ermessen geübt.

56 Siehe *O. A. Rognstad/A. Stenvik,* Hvor mye er immaterialretten verd? in: K. S. Bull/V. Hagstrøm/S. Tjomsland (Hrsg), Festskrift til Peter Lødrup (2002) 512–548 und *E. Monsen,* Rekkevidden av erstatningsvern for tap og ulempe som følge av formuesskade, Jussens venner (2010) 1–68.

57 Siehe insbesondere *Monsen,* Berikelseskrav 303–329.

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

Als Hauptaufgabe des Schadenersatzrechts gilt die Bereitstellung eines Systems zur Schadloshaltung des Opfers. Der sogenannte Gedanke der »Wiedergutmachung« ist tief verwurzelt und tritt in zahlreichen Aspekten rechtlicher Regelungen in Erscheinung. Ein wichtiger Ausdruck des Gedankens findet sich im Prinzip des »vollen Ausgleichs«. Das Opfer soll in die Lage zurückversetzt werden, in der es sich befände, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre. An die Idee der Prävention wird im skandinavischen Recht hingegen nicht so recht geglaubt[58]. Eine Variation dieser Einstellung besteht in der Überzeugung, dass es anstelle der Androhung finanzieller Sanktionen auch andere Mittel gebe, Menschen dazu zu bewegen, andere nicht zu verletzen[59]. Die führenden Gelehrten glauben einfach nicht daran, dass Angst vor einer wirtschaftlichen Sanktion private Bürger motivieren kann, sich sorgfältig zu verhalten. Sie sind vielmehr der Meinung, dass ein Bürger aus anderen, eher altruistischen und ethischen Gründen versuchen wird, seinen Mitbürgern nicht zu schaden. Daher ist herrschende Lehre, dass Schadenersatzregeln an sich keine Präventionswirkung haben[60]. Diese Auffassung wird von einem fast ebenso deutlichen Vertrauen auf Versicherungslösungen begleitet[61]. Dieses hat sich in einem Umfeld entwickelt, das von großen Ambitionen beherrscht war, für die Wohlfahrt der Bürger zu sorgen. Symptomatisch für diese Denkweise ist der Umstand, dass den Sozialversicherungsfonds – wie oben ausgeführt – keine Regressklage mehr gegen den Unrechtstäter für die Sozialleistungen zusteht, die tatsächlich den von ihm verursachten Schaden decken[62]. 2/32

Neben den erwähnten Auffassungen existiert auch ein Vertrauen auf »wirtschaftliche Prävention«, insbesondere im Hinblick auf die Organisation von Sicherheitssystemen in der Unternehmenstätigkeit. Man nimmt an, dass Fabriken und andere Unternehmen, die für den Schaden aufkommen müssen, den sie verursachen, schließlich dadurch veranlasst werden, Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, wodurch der Präventionseffekt erzielt würde. Insoweit werden die Ideen 2/33

58 Siehe insbesondere *F. Bladini,* Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen, in: B. Dufwa et al (Hrsg), Vänbok till Erland Strömbeck (1996) 55–64.

59 *P. Lødrup,* Lærebok i erstatningsrett (2009) 113.

60 Siehe *Lødrup,* Læreboki erstatningsrett 112–115.

61 Diese Ideen sind in den 1950er Jahren aufgetreten, siehe die wichtige Arbeit des schwedischen Gelehrten *Ivar Strahl,* die offizielle Studie SOU 1950: 16 Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område. Die Arbeit hat die spätere Entwicklung in Schweden und Skandinavien beeinflusst, siehe dazu *J. Hellner/M. Radetzki,* Skadeståndsrätt (2006) 49 f.

62 Früher gab es eine Rechtsgrundlage für eine solche Regressklage, doch diese wurde in einem Gesetz aus 1970 beseitigt, siehe Om lov om endringer I lov om folketrygd av 19. Juni 1970 Nr 67.

der Prävention teilweise von der law-and-economics-Bewegung beeinflusst[63], deren Erkenntnisse bisher allerdings nur einen eher bescheidenen Beitrag zur Schadenersatztheorie leisten konnten. Nur wenige Gelehrte haben sich mit solchen Problemen beschäftigt, und es gibt kaum umfassende Untersuchungen zu diesem Thema im Schadenersatzrecht[64]. Die herrschende Meinung scheint zu sein, dass »law and economics« mit unzulässig vereinfachenden und verallgemeinernden Annahmen operiert, und dass der Rationalitätsansatz die moralischen Fragen nicht erfasse, die dem Schadenersatzrecht innewohnen. Trotzdem können die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften in bestimmten Bereichen zweifellos hilfreich sein, allerdings nicht als Ersatz für Schadenersatzrecht, sondern nur als Ergänzung zu rechtlichen Überlegungen. Das Konzept eines »Rechtsfortsetzungsgedankens« hat im norwegischen Recht kein genaues oder unmittelbares Gegenstück.

63 *Lødrup,* Lærebok i erstatningsrett 116–119.

64 Siehe *E. Stavang,* Naborettens forurensningssansvar (1999) und *T.-L. Wilhelmsen,* Årsaksspørsmål i erstatningsretten (2012).

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

Die Grenzen zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen sind ganz unklar. Es gibt historische Versuche, den Unterschied zu verdeutlichen, doch moderne Gelehrte scheinen diesen Unterschied für nicht so wichtig zu halten[65]. Der Unterschied ist vielleicht auch deshalb von geringerer Bedeutung, weil der Kläger wählen kann, ob er seinen Geldanspruch auf einer vertraglichen oder einer deliktischen Grundlage erheben will. Er wird manchmal beschließen, den Anspruch aus beiden Grundlagen abzuleiten, zB in erster Linie aus einem Vertrag und subsidiär aus Deliktsrecht. **2/34**

In manchen Bereichen des Vertragsrechts besteht die Tradition, Ansprüche auf Delikt zu gründen, zB Personenverletzungen, die während der Erfüllung einer vertraglichen Pflicht erfolgen. In anderen Situationen dient der Umstand, dass der Kläger einen Vertrag hat, der zusätzlichen Verstärkung seiner Argumentation bei einer Behandlung des Falles nach Deliktsrecht[66]. Das wird besonders in Fällen der Dienstgeberhaftung deutlich. Das Bestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Dienstgeber und dem Kläger ist für die Entscheidung relevant, wo die Grenzen der Zurechnung liegen[67]. Hier ist auch Raum für maßgeschneiderte Entscheidungen, in denen die besonderen Umstände des Falles genau geprüft werden können. **2/35**

Die Einordnung von Konstellationen, die sich im Zwischenbereich ergeben, ist sicher von einem wissenschaftlichen Gesichtspunkt interessant. In der norwegischen und skandinavischen Lehre sind allerdings keine Versuche einer entsprechenden Systematisierung unternommen worden. Probleme des Zwischenbereichs werden anscheinend nur dann angesprochen, wenn die Existenz eines vertraglichen Elements im konkreten Kontext relevant wird. Zugleich wird in interessanten wissenschaftlichen Arbeiten Kritik an den Zwischenbereichen geübt. Nach norwegischem Recht haftet ein potentieller Vertragspartner, der seinem möglichen künftigen Vertragspartner Schaden zufügt, diesem aus Delikt, doch **2/36**

65 Siehe zB *E. Hjelmeng,* Revisors erstatningsansvar (2007) 18–22 und *V. Ulfbeck,* Erstatningsretslige grænseområder. Profesjonsansvar og produktansvar (2004) XIII.

66 Siehe zB *Nygaard,* Skade og ansvar 186; der Vertrag zwischen dem Täter und dem Opfer spricht zugunsten einer Haftung für Fahrlässigkeit.

67 Dieser Aspekt wurde jüngst durch *Strandberg* betont, siehe *M. Strandberg,* Arbeidsgiveransvar for forsettlige skadeforvoldelser, Jussens venner (2012) 33–67, 56 ff. Siehe auch *B. Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon [Gleichbehandlung im Schadenersatzrecht] (2002) 77 f.

mit einem Blick auf die besondere Wirkung des möglichen Vertrages[68]. Die Verantwortung für Hilfspersonen kann durch Nachbarschaftsbeziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Opfer beeinflusst werden[69].

2/37 Die norwegische Lehre scheint einen offenen Zugang zu den Zwischenbereichen zu pflegen. Es besteht die Gefahr, dass die konkreten Umstände eines Falles nicht berücksichtigt werden, da sich das Gericht auf einen der möglichen Ansätze festlegt. Ein Beispiel dafür sind die Gerichtsentscheidungen zur Dienstgeberhaftung, die dafür kritisiert werden, dass sie dem jeweils vorliegenden Vertrag keine Beachtung schenken[70].

2/38 Eine grobe Skizze des Unterschieds zwischen Ansprüchen aus Delikt und solchen aus Vertrag kann etwa lauten: Die Vertragshaftung ist strikter, sie operiert häufig mit Fahrlässigkeit und Umkehr der Beweislast oder strikter Haftung – oder zumeist mit einer Lösung, die strikter Haftung nahekommt[71]. Zugleich gibt es Haftung für Verschulden von Hilfspersonen in der Erfüllung des Vertrages, während es keine Haftung für Verschulden eines unabhängigen Unternehmers gibt. Und schließlich ist es im Allgemeinen leichter, Ersatz für reinen Vermögensschaden nach Vertragsrecht als nach Deliktsrecht zu erhalten. Es existiert eine gefestigte Lehre bezüglich des Ersatzes von Gewinnentgang, und dieser Ersatz hat auch eine Rechtsgrundlage im Kaufrecht, das als eine Art Modell für zahlreiche Vertragsbeziehungen dient[72].

68 Siehe zB *L. Simonsen,* Prekontraktuelt ansvar [Vorvertragliche Haftung] (1997).

69 Rettens gang (RG) 1993 740, see also *Askeland,* Erstatningrettslig identifikasjon 170 f.

70 Siehe zB *K. Krüger,* Norsk Kontraktsrett (1989) 208 und 793 sowie *V. Hagstrøm,* Utstrekningen av arbeidsgiveransvaret ved straffbar skadeforvoldelse (2008) – Høyesteretts dom 28. mai 2008, Nytt i privatretten Nr 4 (2008) 5–7.

71 Siehe zB die Haftungsklauseln in zahlreichen Gesetzen, die spezielle Verträge regeln, wie etwa Håndverkertjenesteloven 16. Juni 1963 Nr 63 § 28 und Vegfraktavtaleloven 20. Dezember 1974 Nr 68 § 28.

72 Siehe Kjøpsloven 13. Mai 1988 Nr 27 § 67.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Die grundlegenden Schadenskriterien

A. Einleitung

Die Grundvoraussetzungen eines Ersatzanspruchs nach norwegischem Recht sind den österreichischen Kriterien ganz ähnlich. Sie sind allerdings nicht sehr klar im Gesetzesrecht verankert, sondern beruhen vor allem auf langer und ständiger Rechtsprechung. Hauptkriterien sind ein »nach Deliktsrecht relevanter« Schaden, ein Haftungsgrund sowie ein Kausalzusammenhang zwischen der Tat oder der Bedingung, die den Haftungsgrund bildet, und dem Schaden. **2/39**

B. Der Schadensbegriff

Der Schadensbegriff des Deliktsrechts wird durch eine Umschreibung ausgedrückt, die sich auf ein Bündel normativer, werthaltiger Richtlinien darüber bezieht, welche Ereignisse oder Veränderungen in der Position des Opfers einen Ersatzanspruch rechtfertigen. Aus verschiedenen Gründen sind die Grenzen des Schadensbegriffs im norwegischen Recht nicht sehr klar. Einem norwegischen Juristen, der die theoretischen Arbeiten der deutschsprachigen Literatur liest, wird deutlich, wie unergiebig das norwegische Recht in diesem Punkt ist. Die Standardlehrbücher sprechen diese Fragen nur in sehr oberflächlicher Weise an, auf der Grundlage älterer theoretischer Werke, die für eine andere Zeit und andere gesellschaftliche und kulturelle Verhältnisse geschrieben wurden. Allerdings sind in den letzten Jahren einige der Probleme behandelt worden, wenngleich nicht in sehr systematischer Weise[73]. **2/40**

Der Schadensbegriff und die detaillierteren Kriterien für ersatzfähigen Schaden folgen ähnlichen Erwägungen wie die von *Koziol* in Basic Questions I dargestellten Regelungen des österreichischen Rechts, allerdings in einer gröberen, offeneren und gelegentlich lockereren Vorgangsweise. Ausgangspunkt ist der Umstand, **2/41**

73 *E. Stavang,* Erstatningrettslig analyse (2007); *E. Monsen,* Om rekkevidden av erstatning for tap og ulempe som følge av formuesskade, Jussens venner (2010) 1–68; *B. Askeland,* Erstatning for preventive utgifter, TfR (2010) 1–72; *B. Thorson,* Ren formuesskade (2011); *Koch,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen.

dass das Opfer eine Art von »realskade«, wörtlich übersetzt »realen Schaden«, erlitten haben muss. Der Begriff wird als »negative Auswirkung« definiert[74]. Wenn er in Verlust von Geld oder einer negativen Einwirkung auf eine Sache besteht, die in Geld schätzbar ist, handelt es sich um Vermögensschaden, und diesbezüglich besteht kein Zweifel an Relevanz und Ersatzfähigkeit. Dasselbe gilt für Kosten, die durch Handlungen des Täters verursacht werden.

2/42 Probleme treten in der Lehre und Judikatur dann auf, wenn eine negative Auswirkung schwer in Geld zu bewerten ist. Grenzfälle stellen zB der Abschuss von Wildgänsen dar, mit der Folge, dass die Regierung der Umwelt neue Gänse zuführen musste (RG 1979, 715) oder der Verlust eines Gebrauchs[75]. Die Frage der Berechenbarkeit des Schadens mag in Grenzfällen wichtig sein oder auch nicht. Es gibt jedenfalls diesbezüglich keine klaren Regeln.

2/43 In einigen Bereichen hat das Oberste Gericht allerdings eine konsequente Judikatur entwickelt, die in einem gewissen Ausmaß von den Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs geleitet wird. Die Bestimmung in skl. § 3-6 bietet die rechtliche Grundlage von Schadenersatz für Beeinträchtigung des Privatlebens des Opfers. In den letzten Jahren gab es eine Serie von Fällen der Presseberichterstattung über private Anlässe, wie eine Eheschließung zwischen einem Popstar und einer Schauspielerin, die auf einer kleinen Insel vor der Küste stattfand, wo ungebetene Paparazzi-Fotografen Bilder von der Zeremonie aufnahmen[76], und zwei Reality-Stars, die während eines 24-stündigen gefilmten Aufenthalts in einem Haus (Big Brother) ein Paar wurden und sich später trennten, mit der Behauptung, dass dies die Öffentlichkeit nichts anginge[77]. Die Erwägungen in diesen Fällen folgen der Argumentation im *Caroline von Hannover-Fall* vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof. Im ersten Fall wurde die Klage gegen die Presse abgewiesen, während die Reality-Stars Schadenersatz in der Höhe von NOK 50,000 (€ 6,000,–) erhielten.

C. Eine »wertorientierte« (»normative«) Begrenzung des Schadensbegriffs

2/44 Auch wenn es möglich ist, den Schaden zu berechnen, kann es andere Probleme der Qualifikation der negativen Auswirkung geben. Der normative Zugang zu dieser Art von Problemen wird im Fall der misslungenen Sterilisation einer Frau gut

---

74 *Nygaard,* Skade og ansvar 59.

75 Siehe die Besprechung des Problems in *Stavang,* Erstatningsrettslig analyse 101–158.

76 Rt. 2007, 687. Siehe die Besprechung des Falles in *B. Askeland,* Norway, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2007 (2008) 441 f.

77 Rt. 2008, 1089.

illustriert, die in der Folge ein Kind gebar, das sie ursprünglich nicht haben wollte; Rt. 1999, 209. Das Oberste Gericht stellte lediglich fest, dass die Frage des Ersatzes der Erziehungskosten eines Kindes normativer und wertorientierter Natur sei. Im Hinblick auf das Kind, die Eltern selbst und die Gesellschaft befand es das Gericht für am besten, dass solche Kosten nicht ersetzt werden: die Geburt eines gesunden Kindes sollte nicht als deliktsrechtlicher Schaden betrachtet werden. Die Lösung mag Zustimmung verdienen, doch die Begründung ist weder sehr klar noch prinzipientreu. Die Entscheidung zeigt allerdings, dass die Bestimmung, was eine negative Auswirkung ist, auf der Grundlage getroffen werden muss, was die Gesellschaft insgesamt als negativ ansehen würde.

Der normative und gelegentlich pragmatische Zugang zu Grundprinzipien macht es leicht, eine vernünftige Lösung zu erzielen, und norwegische Gerichte sind deshalb selten gezwungen, mit komplizierten Hypothesen zu argumentieren, um einen Fall in bestehende Kategorien einzuordnen. Vielleicht hat man deshalb im Fall unerwünschter Geburt die Überlegung einer Anpassung des Schadenersatzes an die erlangten Vorteile nicht angestellt. Außerdem wird im norwegischen Recht das Prinzip einer »compensatio lucri cum damno« ausschließlich auf Vermögensschaden bezogen. Die Übertragung des Gedankens auf Nichtvermögensschaden wäre jedoch in der norwegischen Debatte verständlich und könnte leicht als zusätzliches Argument zugunsten der bestehenden Lösung (kein ersatzfähiger Schaden) Verwendung finden. Tatsächlich ist die Idee, ein Kind zu haben sei ein positives Ereignis und solle deshalb rechtlich als eine Art Vorteil betrachtet werden, bereits in der norwegischen Diskussion geäußert worden, allerdings ohne Verbindung zur »compensatio lucri cum damno«[78]. **2/45**

Der Gedanke von Schadenersatz für vereitelte Familienplanung hätte im norwegischen Recht keine solide Basis. Solche frustrierten Erwartungen stellen weder einen Vermögensverlust dar noch eine Verletzung, die im Gesetz eine Rechtsgrundlage findet. Daher gibt es keinen Rechtsgrund für Schadenersatz. Obwohl zuletzt der Schadensbegriff und die Grenzen ersatzfähigen Schadens diskutiert worden sind, gibt es wahrscheinlich keinen Platz für Schadenersatz wegen bloßer Beeinträchtigung von Wahlmöglichkeiten in der Familienplanung. **2/46**

D. Immaterieller Schaden als Grenzfall des Schadensbegriffs

Lange Zeit hat man als selbstverständlich angenommen, dass nur Vermögensschaden ersetzt werden soll, sofern nicht eine besondere gesetzliche Grundlage für den Ersatz von Nichtvermögensschaden vorhanden ist[79]. In den letzten Jahren **2/47**

78 Siehe zB *A. Kjønstad,* Erstatningsretten i utvikling (2003) 388.

79 Siehe *F. Stang,* Erstatningsansvar (1927) 361 f und *J. Øvergaard,* Norsk erstatningsrett (1951) 285.

wurde diese Lehre in verschiedener Hinsicht der Kritik unterzogen. Mehrere Gelehrte haben die Auffassung vertreten, dass Ersatzleistung auf reine Vernunfterwägungen gegründet werden solle, ohne dass es ihnen jedoch zur Gänze gelungen wäre, kohärente oder prinzipientreue Richtlinien zu formulieren, wofür Ersatz zugesprochen werden solle und wofür nicht[80]. Wenn solche Forderungen aufgestellt werden, wird der traditionelle Schadensbegriff in Frage gestellt.

2/48 Mehrere Fälle betreffen Kosten, die aufgewendet wurden, um Schaden von einem immateriellen Rechtsgut abzuwenden. Eine Frau erhielt Schadenersatz für Mietwagenkosten, die sie aufwandte, um wie geplant ihren Urlaub mit ihrer Familie verbringen zu können[81]. In diesem Fall anerkannte das Oberste Gericht, dass der Wert, einen Urlaub zu verbringen, an sich kein Vermögensinteresse darstellte. Trotzdem führten die Richter aus, dass der Entzug der Möglichkeit, den Urlaub wie geplant zu verbringen, einen ersatzfähigen Schaden bilden konnte.

2/49 Andererseits haben Grundstückseigentümer, die eine Schallschutzmauer errichten wollten, um sich gegen den Lärm einer Autobahn abzuschirmen, keinen Kostenersatz erhalten[82]. Obwohl es im ersten Fall einen Schaden an einer körperlichen Sache (dem Kraftfahrzeug) gab und nur eine Minderung des Genusses an einer Sache im zweiten Fall (wegen des Lärms), erscheint es schwierig, eine Grenze zwischen schadenersatzrechtlich geschützten und ungeschützten Werten zu ziehen. Das Oberste Gericht hat das geltende Recht vielleicht zu weit gefasst, wenn es befand, dass alle Kosten ersetzt werden müssen, die zur Behebung oder Verhinderung des Schadens aufgewendet werden[83]. Die Entscheidung beruht tatsächlich auf sehr konkreten Argumenten oder Theoriefragmenten, die international als Kommerzialisierungsgedanke und Frustrationslehre bekannt sind. Der Vorteil dieses Rechtszustandes liegt darin, dass man im konkreten Fall ein vernünftiges Ergebnis erzielen kann. Andererseits gewährt eine solche Vorgangsweise nur ein geringes Maß an Vorhersehbarkeit auf diesem Rechtsgebiet.

2/50 Die norwegische Lehre hat noch keine ansprechende Lösung für das Problem der Grenzziehung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden gefunden. Am ehesten kommt als Kriterium die Idee in Frage, dass Werte von der betreffenden Gemeinschaft und in anderer Hinsicht vom Recht auch durch eine deliktsrechtliche Sanktion geschützt werden sollen, nämlich Schadenersatz für das Opfer. Meines Erachtens ist diese Auffassung etwas zu einfach und arbiträr. Die Frage sollte durch eine Juristenkommission untersucht werden, mit der Aufgabe, den Schadensbegriff im Lichte moderner Entwicklungen neu zu fassen.

80 Siehe zB *Stenvik/Rognstad* in: Bull/Hagstrøm/Tjomsland, Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup 512–548.
81 Rt. 1992,1469.
82 Rt. 1980, 389.
83 Rt. 1996, 1472.

E. Besondere Bemerkungen zum Nichtvermögensschaden

Da es im norwegischen Recht nie eine Rechtsgrundlage für Strafschadenersatz gegeben hat, könnte man Elemente eines solchen Rechtsbehelfes in Bereichen suchen, wo die Rechtsgrundlage für Ersatzleistung erlaubt, Strafelemente mit zu berücksichtigen. Hier kommt die Rechtsgrundlage für Nichtvermögensschaden ins Spiel. Es gibt im norwegischen Recht eine besondere Rechtsgrundlage für den Ersatz von Nichtvermögensschaden, siehe skl. § 3-5. Diese Bestimmung lautet, dass Schmerzen und Leiden, die durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz verursacht worden sind, durch einen Betrag kompensiert werden können, dessen Höhe nach dem Ermessen des Gerichts festgesetzt wird. Das Oberste Gericht hat jedoch für die häufigsten Verletzungstypen wie Tötung, Vergewaltigung und verschiedene gewaltsame Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität eine ständige Rechtsprechung entwickelt. In diesen Fällen sind Ersatzleistungen bis zu einem gewissen Ausmaß durch die Judikatur standardisiert worden[84]. **2/51**

Historisch betrachtet war ein wichtiger Grund für den Ersatz von Nichtvermögensschaden der Strafeffekt wirtschaftlicher Sanktionen[85]. Eine interessante Entwicklung der letzten Jahre zeigt, dass das Oberste Gericht seine Aufmerksamkeit ausdrücklich von der ursprünglichen Straffunktion abgewendet und deutlicher auf die Idee des Ausgleichs für das Opfer konzentriert hat[86]. Der Gedanke, eine böse Erfahrung, Angst, Schmerzen oder Trauer tatsächlich in Geld aufzuwiegen, ist stärker in den Vordergrund getreten. In vergangenen Jahrzehnten hatte die Erkenntnis, dass manche negative Wirkungen nicht kompensabel sind und nicht nach wirtschaftlichen Maßstäben gemessen werden können, die Bereitschaft beschränkt, hohe Ersatzbeträge zuzusprechen. In zahlreichen Entscheidungen der letzten Jahre zeigt sich jedoch die Tendenz, die immateriellen Nachteile mit Geldleistungen auszugleichen. Als Folge dieses Meinungsumschwungs sind die Ersatzleistungen beträchtlich angestiegen. Ein Höhepunkt dürfte in einer jüngst ergangenen Entscheidung erreicht worden sein, wo ein Mann durch zwei Schüsse für den Rest seines Lebens schwer behindert wurde und andauernd an Schmerzen litt. Allein für den Nichtvermögensschaden wurden ihm € 70,000,– zugesprochen, ein Betrag, der deutlich über dem bisherigen Niveau liegt[87]. **2/52**

Das Bild ist jedoch verschwommen, da das Oberste Gericht ein methodisches Prinzip anwendet, wonach das strafrechtliche Strafmaß als Richtschnur für die Bemessung des Schadenersatzes herangezogen wird. Die Strafhöhe ist in den letz- **2/53**

84 *E. Monsen,* Rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet (2010) 66–68.

85 Die letzten Anpassungen dieser Praxis finden sich in Rt. 2010, 1203 (€ 25,000,– für Tötung) und Rt. 2011, 743 (€ 18,500,– für Vergewaltigung).

86 Zum Hintergrund siehe *B. Askeland,* Punitive Damages in Scandinavia, in: H. Koziol/V. Wilcox (Hrsg), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009) 116 f.

87 Siehe den Fall Rt. 2012, 1773.

ten Jahren hauptsächlich aus Präventionsüberlegungen beträchtlich angestiegen. Die Höhe der Strafe, dh die Länge der Haft, dient als Bestimmungsgröße für die Ermessensentscheidung über den Ersatz von Nichtvermögensschaden. Damit hat die Schwere der Tat indirekt eine starke Auswirkung auf die Höhe des Schadenersatzes, und spiegelt insofern die Idee eines Strafschadenersatzes wider.

2/54 Einen Teil des Bildes nehmen die zahlreichen Schadenersatzfälle ein, die 2011 auf Grund der Verletzung junger Menschen im Massaker bei Utøya anhängig geworden sind. Das Amt, dem die Entschädigung von Verbrechensopfern obliegt, wurde in einem Berufungsverfahren von seinem Aufsichtsgremium (»Voldsoffererstatningsnemnda«) korrigiert. Das Gremium sprach den Opfern höhere Entschädigungen zu, als die bisherige Praxis nahegelegt hatte, indem es auf die besonderen Umstände der Gewaltakte (große Angst und schreckliche Erlebnisse am Tatort) verwies. Das war wahrscheinlich eine kluge Entscheidung. Als Folge wird allerdings voraussichtlich das allgemeine Kompensationsniveau steigen. Das Oberste Gericht hat in anderen Fällen die Praxis des Verbrechensopferentschädigungsgremiums beachtet[88]. Es ist daher wahrscheinlich, dass die Utøya-Entscheidungen Einfluss auf die Judikatur des Obersten Gerichts haben werden.

F. Zukunftsperspektiven

2/55 Meines Erachtens entspricht es einer gewissen Logik, dass Nichtvermögensschaden heutzutage stärker kompensiert wird als früher. Da in der westlichen Kultur das Niveau von Zivilisation und Wohlfahrt gestiegen ist, haben die Bürger höhere Erwartungen als früher, ein gutes und angenehmes Leben führen zu können. Im Gegensatz zur Einstellung früherer Zeiten wird der Bürger von der Rechtsordnung eines modernen Wohlfahrtsstaates zu einem gewissen Grad die Garantie eines erfüllten Lebens als selbstverständlich erwarten. Eine Folge dieser Entwicklung ist die Forderung nach Ersatz für jede Frustration des erwarteten guten Lebens. Natürlich wird diese Forderung auch immateriellen Schaden umfassen. Das Opfer wird schwer verstehen, warum es sich mit verheerenden Eingriffen oder großen Schmerzen bei keiner oder nur symbolischer Entschädigung abfinden soll. Als Folge dieser Entwicklung hat ein höheres Kompensationsniveau als früher stärkere Legitimität in der öffentlichen Meinung und bei den rechtserzeugenden Institutionen gefunden.

2/56 Diese Entwicklung kann auch zum Teil die Suche nach einem neuen Schadenstyp im norwegischen Recht erklären. Die Juristenkommission zur Vorbereitung eines Gesetzentwurfs über standardisierte Ersatzleistungen für Personen-

88 Siehe Rt. 2011, 743.

schaden wurde praktisch von der Regierung beauftragt, eine Bestimmung über Schmerzengeld (Smerteerstatning) vorzuschlagen, die sich am dänischen Modell orientiert. Seit einiger Zeit war kritisiert worden, dass nach norwegischem Recht ein Opfer Krankheit und Schmerzen ohne Kompensation erleiden musste, wenn der Täter nur fahrlässig gehandelt hatte oder ein Fall strikter Haftung vorlag. Die im Entwurf 2011 vorgeschlagene Bestimmung lautet, dass ein Opfer in der ersten Woche ein tägliches Schmerzengeld von 0.007 G (ungefähr € 75,–) erhalten soll, und danach täglich 0.0025 G (ungefähr € 25,–). Insgesamt sollte das Schmerzengeld den Betrag 1 G (ungefähr € 10,000,–) nicht überschreiten.

Angesichts dieser Rechtsgrundlagen für den Ersatz von Nichtvermögensschaden gibt es im norwegischen Recht wahrscheinlich keinen besonderen Druck, durch die Judikatur Strafschadenersatz zu entwickeln, zumindest nicht im Rahmen des Deliktsrechts. Das System, ohne gesetzliche Grundlage keinen Ersatz für immateriellen Schaden zu gewähren, erscheint gefestigt und in der Lage zu sein, die Herausforderungen neuer Zeiten und neuer Ideen anzunehmen. Ein Element von Strafschadenersatz könnte am ehesten im Bereicherungsrecht Anwendung finden. Es ist unbefriedigend, dass jemand das Werk eines anderen ohne dessen Einwilligung ausbeuten kann, ohne mehr als jene Gebühr zu bezahlen, die er auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zu entrichten gehabt hätte. Es sollte eine Strafe geben für den Verstoß gegen die Vorschriften und die Verletzung der Güter eines anderen[89]. **2/57**

II. Kausalität

A. Einleitung

Die norwegische Lehre beruht auf einem »zweistufigen Ansatz«, der mit den entsprechenden Systemen sowohl im deutschen Rechtskreis als auch im common law vergleichbar ist[90]. Zuerst muss Verursachung bewiesen werden. Dabei wenden die Gerichte den »but-for-Test« an, der besser als »conditio-sine-qua-non-Test« bekannt ist. In einem zweiten Schritt werden Ursachen ausgeschieden, die zwar den but-for-Test bestanden haben, jedoch so geringfügig sind, dass sie nicht für die Begründung von Haftung seitens des Täters in Frage kommen. Das ist **2/58**

89 *Erik Monsen* hat engagiert für eine solche Lösung plädiert, siehe *Monsen,* Berikelseskrav (2007) 303 ff.

90 Von anglo-amerikanischen Gelehrten wird dafür der Ausdruck »bifurcated approach« gebraucht, siehe zB *H. L. A. Hart/T. Honoré,* Causation in the Law (1989) 88–94; *A. Becht/F. Miller,* The Test of Factual Causation in Negligence and in Strict Liability (1961) 2–7.

eine normative Beschränkung der Verursachung, die manchmal nicht leicht vom Test der Adäquanz zu unterscheiden ist. Wenn die Situation eine Ursache geringer Bedeutung im Gesamtbild der Kausalität betrifft, ist der richtige Weg die Eliminierung geringfügiger Ursachen. Wenn die Frage jedoch eine Serie von Ereignissen betrifft, die aus der Unrechtstat folgen, zB in Kabel-Fällen, sind die Gerichte eher geneigt, das Problem im Lichte der Adäquanz zu betrachten[91]. Die Lehrbücher behandeln den Wesentlichkeitstest im Zusammenhang mit faktischer Kausalität, und die Adäquanz im Unterschied dazu als normative Haftungsbeschränkung. Das ist sehr eigenartig, denn sowohl der Wesentlichkeitstest als auch der Adäquanztest beruhen strikt auf normativen Wertungen. Die Tradition scheint jedoch schwer zu ändern zu sein.

B. Alternative Kausalität

2/59 Bezüglich alternativer Kausalität hat die traditionelle Lehre betont, dass eine Pflicht zur Ersatzleistung nur dann existiert, wenn Kausalität auf Grund überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen wird. Das Problem wird mit dem Beispiel zweier Männer illustriert, die Steine von einer Straße wegschieben und in ein Tal fallen lassen, in dem ein Pferd grast. Wenn nicht bewiesen werden kann, welcher der beiden Steine das Pferd getötet hat, wird keiner der Männer haften. In der modernen Theorie wird diese Lösung als unbefriedigend empfunden, und es werden andere Lösungen vorgeschlagen. *Nygaard* betont die ethische Vorwerfbarkeit im Fall der Steine, die ins Tal gestoßen werden, und behauptet, Solidarhaftung sei daher die beste Lösung[92]. Dieser Ansatz gleicht oder entspricht *Bydlinskis* in Basic Questions I Rz 5/79 dargestellter Auffassung: Da kein Kausalitätsbeweis vorliegt, kann man einen Täter nur dann als haftbar betrachten, wenn es starke Argumente bezüglich anderer Voraussetzungen gibt, zB eines vorwerfbaren Verhaltens. Jüngere theoretische Erörterungen haben die in PEL Liab Dam[93] vorgeschlagene Lösung unterstützt: Solidarhaftung mit Beweislastumkehr[94]. Diese Lösung wird auch im Umweltverschmutzungsgesetz § 56[95] vorgeschrieben: Wenn ein potentieller Täter eine Umweltverschmutzung verursacht hat, haftet er solidarisch mit anderen potentiellen Tätern, es sei denn, er kann beweisen, dass er die Verschmutzung nicht verursacht hat. Dass diese Lösung im Umweltrecht gefunden worden ist und nicht in anderen Bereichen, hängt wahrscheinlich damit

91 Siehe Rt. 1973, 1268.
92 *Nygaard,* Skade og ansvar 346.
93 Draft Common Frame of Reference (DCFR) Book VI: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (2009).
94 *A. Stenvik,* Erstatningsrettens internasjonalisering, TfE (2005) 33–61, 54.
95 Forurensningsloven 13. März 1981 Nr 6.

zusammen, dass in Norwegen dem Umweltschutz großer politischer Stellenwert zukommt. Die Existenz einer Gesetzesbestimmung, die diese Lösung vorschreibt, macht es denkbar oder sogar wahrscheinlich, dass diese Lösung auch auf anderen Gebieten Anwendung finden wird. Das wäre allerdings eine dynamische Auslegung der heute gültigen allgemeinen Schadenersatzregeln und -prinzipien.

Eine Variante alternativer Kausalität bildet der Jägerfall. Drei Jäger schießen gleichzeitig, ein Unschuldiger wird von einer der Kugeln getroffen, doch es ist ungewiss, welche der drei Kugeln den Schaden verursacht hat. Nach der allgemeinen Regel gibt es hier keine Haftung, denn es liegt keine überwiegende Wahrscheinlichkeit vor, dass ein bestimmter Jäger den Schaden verursacht hat. Es gibt jedoch Hinweise, dass die Gerichte Gewicht auf den Umstand legen werden, dass alle drei Schützen an einer gefährlichen Tätigkeit teilgenommen haben. Zwei führende Gelehrte folgen dieser Argumentation zumindest in einem Fall, in dem es sich um zwei Schützen handelt[96]. **2/60**

C. Anteilshaftung

Die Empfehlungen bezüglich Anteilshaftung würden wahrscheinlich in norwegischen Gerichten keine Anwendung finden[97]. Die Lösung und die Denkweise sind dem geltenden Schadenersatzrecht fremd. Die Ideen erhalten keine Unterstützung durch die gegenwärtige Wissenschaft[98]. Allerdings hat eine Juristenkommission diese Denkweise und ihre spezielle Begründung bei der Entwicklung eines neuen Systems standardisierter Ersatzleistungen bei Personenverletzungen angewandt. Die Kommission hat Ersatz durch Pauschalsummen für verletzte Kinder eingeführt und dabei Durchschnittsverluste aus Arbeit neben der Schule und in den Ferien angenommen. Man wendet Statistiken an, um zu ermitteln, wie viele junge Menschen eines bestimmten Geburtsjahrgangs eine Teilzeitbeschäftigung finden und wieviel sie verdienen. Wenn die standardisierte Ersatzleistung für Personenschaden auf solche Faktoren gegründet wird, beruht die Höhe der Leistung tatsächlich auf der Verlustwahrscheinlichkeit[99]. Gleichzeitig handelt es sich nicht wirklich um Anteilshaftung in der Normalbedeutung des Begriffs, die sich an der Wahrscheinlichkeit der Verursachung orientiert, nicht an der Wahrscheinlichkeit, einen Schaden zu erleiden. Doch die Überlegung ist dieselbe: für das individuelle Opfer wird der Ersatz **2/61**

---

96 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 346 und *P. Lødrup* (unter Mitwirkung von *M. Kjelland),* Lærebok i erstatningsrett, (2009) 343.

97 Siehe die Beschreibung der norwegischen Haltung zur Anteilshaftung in *I. Gilead/M. D. Green/B. A. Koch* (Hrsg), Proportionate Liability, Analytical and Comparative Perspectives (2013) 249 f.

98 Siehe zB *Nygaard,* Skade og ansvar 326 and *B. Askeland,* Tapsfordeling og regress (2006) 267.

99 Siehe NOU 2011: 16 Standardisert personskadeerstatning 206–208.

durch die allgemein angenommene Wahrscheinlichkeit bestimmt, dass sich dieses Kind unter jenen befinden würde, die eine Teilzeitbeschäftigung erhalten würden, wenn es ein Alter zwischen 13 und 20 erreicht hätte.

2/62 Eine mögliche Folgerung daraus könnte sein, dass eine in weiterem Sinn verstandene Idee der Anteilshaftung in einigen ihrer Aspekte gut geeignet wäre, Ersatzleistungen zu standardisieren. Wenn man einmal die Idee der vollen Kompensation verlässt und durch eine grobe standardisierte Ersatzleistung ersetzt, die auf anderen Berechnungen und normativen Faktoren beruht, wäre es sinnvoll, die Statistik als Grundlage für Annahmen über die Wahrscheinlichkeit von Ergebnissen zu nutzen. Anschließend kann man die Wahrscheinlichkeit als Grundlage für die Leistung heranziehen. Man kann diese Vorgangsweise auch als Variante zum Verlust einer Gewinnchance sehen: das Opfer hätte eine Chance gehabt, eine Teilzeitbeschäftigung zu erlangen, wenn es nicht verletzt worden wäre. Stattdessen erhält es nun eine Ersatzleistung, die dieser Chance entspricht.

2/63 Der Begriff des Verlusts einer Gewinnchance ist im norwegischen Recht kaum entwickelt. Nur ein Gelehrter, *Strandberg,* hat das Problem eingehend untersucht[100]. Er findet im norwegischen Recht nur Spuren von ähnlichen Denkweisen. Derzeit gibt es im norwegischen Schadenersatzrecht keine verlässliche Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch wegen Verlusts einer Chance.

D. Kumulative Kausalität

2/64 Bezüglich kumulativer Kausalität (Basic Questions I Rz 5/111–112) ist die Lösung mit Solidarhaftung ganz klar, und zwar auf Grund eines alten Falles; *Vestfos Rt.* 1931, 1096. Zwei Fabriken (A, B) und eine Kommune (C) haben einen Fluss verunreinigt und das Trinkwasser für die Anwohner des Flusses verseucht. Als sie geklagt wurden, hat eine der Fabriken (A) behauptet, die Verschmutzung ihrerseits sei nicht Schadensursache, da der Fluss auch durch die anderen (B und C) verseucht worden wäre, auch wenn A die Verunreinigung eingestellt hätte. Das Oberste Gericht wies diese Argumentation mit der Feststellung zurück, der Umstand der Mitwirkung anderer Verschmutzer könne A nicht entlasten. A war also verantwortlich. Die anderen wurden nicht geklagt, wären jedoch im Klagefall wahrscheinlich ebenso für haftbar erachtet worden. Solidarhaftung wäre in diesem Fall logisch konsequent.

2/65 Interessanterweise ist die Begründung des Richters nicht wirklich von der conditio-sine-qua-non-Regel abgewichen. Der Hauptgrund für Solidarhaftung war

100 Siehe *M. Strandberg,* Skadelidtes hypotetiske inntekt (2005) 105–113. Siehe auch den Bericht von *B. Askeland* in: H. Koziol/B. Winiger/B.A. Koch/R. Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation (2007) 579.

der Gedanke, dass alle drei Ursachen weggedacht werden konnten, ein Aspekt, der im Wortlaut der Entscheidung deutlich Ausdruck findet. Angenommen, beide Fabriken hätten aufgehört zu verschmutzen, dann hätte noch immer die Gemeinde die Verschmutzung fortgesetzt und wäre als einzige Ursache übriggeblieben. Auf der Grundlage dieser Überlegung ist es einigermaßen unklar, wie weit die Entscheidung reicht. Aber auch wenn sie nicht direkt eine Lösung für das klassische Thema der kumulativen Kausalität bringt, bietet sie ein starkes Argument für die Lösung einer Solidarhaftung bei kumulativer Verursachung. Teils wegen der Entscheidung aus 1931 unterscheidet die Lehre zwischen reversiblem und irreversiblem Schaden[101].

Nygaard löst das Problem mit einer Kausalitätstheorie, die von der conditio-sine-qua-non-Lehre abweicht. Seine Theorie enthält drei Voraussetzungen der Kausalität: der behauptete kausale Faktor muss vorgelegen haben, er musste das Potential gehabt haben, das schädliche Ergebnis zu bewirken, und dieses Potential muss erfüllt worden sein. Durch diesen Test betont *Nygaard* das, was tatsächlich geschehen ist, anstatt sich hypothetisch vorzustellen, was geschehen hätte können, wenn der kausale Faktor nicht eingewirkt hätte[102]. Im *Vestfos-Fall* hätte der Test eine Kausalitätsvermutung sowohl für die Fabrik als auch für die Kommune ergeben. **2/66**

Die besondere Argumentation im *Vestfos-Fall* kann allerdings nicht auf Fälle überholender Kausalität Anwendung finden. Ein Schulbeispiel betrifft einen Täter, der ein Pferd erschießt, nachdem es durch ein Auto tödlich verletzt worden ist. Wenn das Pferd bereits tot ist, trifft den Schützen keine Haftung. Ein komplizierteres Beispiel handelt von A, der auf B schießt, um ihn zu töten, doch B ist bereits von C vergiftet worden und würde ohnedies innerhalb weniger Stunden sterben. Man hat lange darüber diskutiert, wie dieses Problem gelöst werden solle[103]. *Nygaard* meint, dass beide Täter haften sollten. Er beruft sich auf seine Theorie faktischer Ursachen, die tatsächlich eintreten und dadurch ihr Potenzial erfüllen: beide Ursachen haben an einem Punkt das Opfer in Richtung Tod beeinflusst[104]. De lege lata werden wahrscheinlich der *Vestfos-Fall* und die Tradition der Solidarhaftung in Fällen, in denen zwei oder mehrere Täter involviert sind, als unterstützende Argumente für die Haftung beider Täter dienen. **2/67**

---

101 *Nygaard,* Skade og ansvar 334.

102 Der Test weist zahlreiche Ähnlichkeiten mit dem von *Richard Wright* vorgestellten NESS-Test auf, siehe zB, *R. Wright,* Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility, 54 Vanderbilt Law Review (2001) 1071–1077. Die theoretischen Ideen werden allerdings völlig unabhängig von und ohne Kenntnis der Arbeiten *Wrights* entwickelt.

103 Siehe zB *J. Andenæs,* Konkurrerende kausalitet, TfR (1941) 258–268.

104 *Nygaard,* Skade og ansvar (2007) 335.

E. Überholende Kausalität

2/68 Probleme überholender Kausalität werden im norwegischen Recht seit langem erörtert, und die Lösungen scheinen nunmehr gefestigt zu sein. Wenn der erste Verursacher einen abgeschlossenen, irreversiblen Schaden verursacht hat, wird er für den gesamten Schaden voll verantwortlich sein. Der zweite Verursacher wird überhaupt nicht haften[105]. Im Lehrbuchbeispiel fügt der erste Verursacher einem Pferd eine tödliche Schussverletzung zu. In einer Variante des Problems vergiftet A den B, so dass dieser sterben wird, doch C erschießt ihn, bevor er an der Vergiftung stirbt. In diesem Fall lassen die meisten Gelehrten beide haften[106].

2/69 Ein Prinzip überholender Kausalität wird auch bei der Bemessung von Ersatz für Personenschäden angewandt. Ein Täter ist nur für den Verlust von Einkommen (oder andere Schadensarten) haftbar, soweit dieses Einkommen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt worden wäre. Wenn das Opfer zB kränklich war und ab dem vierzigsten Lebensjahr nicht mehr gearbeitet hätte, sollte der Täter nur Schadenersatz für die Zeit vor dem Alter von vierzig Jahren zahlen[107].

F. Kausalität bei Mittäterschaft

2/70 Besondere Probleme wirft im norwegischen Recht ein Fall auf, in dem A Wache hält, während B und C in ein Geschäft einbrechen. Wenn niemand vorbeikommt, ist der Wächter (A) nicht conditio sine qua non der Schadenstat. Trotzdem kann er haftbar sein. Die traditionelle Lehre hat zwei Lösungen des Problems vorgeschlagen: erstens kann der Wächter auf B und C eine psychologische Wirkung gehabt und sie veranlasst haben, den Schaden zuzufügen, also ihren Vorsatz bestärkt haben[108]. Auf diese Weise haben Gelehrte versucht, eine Situation zu konstruieren, in welcher der vermeintliche Täter A trotzdem eine conditio sine qua non darstellt. Zweitens haben andere Gelehrte und die Judikatur später nahegelegt, es könne Haftung eintreten, obwohl der vermeintliche Täter nicht als conditio sine qua non in Frage kommt. Eine solche Folgerung kann auf die Vorstellung einer »gemeinsamen Tat« gegründet werden, eine Konstruktion, die den Gedanken enthält, Handlungen des A dem B anzulasten, und zwar auf Grund ihres gemeinsamen Ziels oder einer entsprechenden Rolle in einer größeren Operation, die ein bestimmtes

105 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 334.
106 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 335 unter Bezugnahme auf andere Gelehrte.
107 Das Prinzip der »zeitlichen Beschränkung« ist in dieser Hinsicht umfassend entwickelt worden durch *M. Kielland,* Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten (2008) 283–350.
108 *Stang,* Skade voldt av flere (1918) 48–52.

Ergebnis bezweckt[109]. Dem entspricht der berühmte NOKAS-Fall: mehrere Männer begehen einen Raub in einem Gebäude, in dem große Mengen an Bargeld aufbewahrt wurden. Während des Überfalls wurde ein Polizist getötet. Eine Person, die an einer anderen Stelle bei den Fluchtautos Wache stand, wurde für die Tötung des Polizisten verantwortlich gemacht. Sie war natürlich weder faktisch noch psychologisch ein kausaler Faktor des begangenen Verbrechens. In einer neueren Dissertation untersucht *Hagland* eingehend, durch welche Beziehungen zwischen dem vermeintlichen Täter und dem Schaden das traditionelle Kausalitätserfordernis »conditio sine qua non« ersetzt werden könnte. Sie behauptet, dass *Identifikationselemente* ebenso involviert sind wie *Kausalzusammenhänge,* die nicht als notwendige Ursachen gelten können[110]. Mit Identifikationselementen ist die psychologische Tendenz gemeint, zwei Rechtsträger als Einheit zu sehen[111]. *Hagland* verbindet verschiedene ältere Theorien und bietet eine ziemlich überzeugende Erklärung des Zusammenwirkens von Kausalzusammenhängen, die den Standard einer conditio sine qua non nicht erreichen[112].

---

109 Siehe zu dieser Vorstellung *Askeland,* Tapsfordeling (2006) 250 f; vgl auch *Nygaard,* Skade og ansvar 350.

110 *Hagland,* Erstatningsbetingende medvirkning 161–206. Siehe insbesondere 199 f und 225 f.

111 Zu den »psykologiske identifikasjonstendens« [der psychologischen Tendenz, Subjekte als Einheiten zu sehen und miteinander zu«identifizieren»] siehe *J. Andenæs,* Identifikasjonsproblemet i erstatningsretten, TfR (1943) 361–401; *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon (2002) 60–64.

112 Für eine Zusammenfassung ihrer Ideen siehe *Hagland,* Erstatningsbetingende medvirkning 199 f und 225 f.

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Rechtswidrigkeit

A. Einleitung

2/71 In der norwegischen Rechtslehre ist Rechtswidrigkeit von jeher in einer verhaltensbezogenen Perspektive betrachtet worden[113]. Im frühen 20. Jahrhundert haben Gelehrte gemeint, man könne eine Art Formel zur Abgrenzung von rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verhalten im Deliktsrecht und zur Anwendung der culpa-Regel entwickeln. Diese Behauptung hat eine weitreichende nordische Debatte über Rechtswidrigkeit (rettstridslæren) ausgelöst[114]. Die Kontroverse gipfelte zuletzt in der übereinstimmenden Auffassung, dass Rechtswidrigkeit im Grunde nur eine Bezeichnung für das Resultat einer konkreten Prüfung war, die wie folgt formuliert werden könnte: Hat der Täter im konkreten Fall anders gehandelt, als er unter Berücksichtigung aller Umstände hätte handeln sollen? Nur schwache Anklänge an die ältere Theorie haben überlebt und wurden von einigen Gelehrten vertreten[115]. Die umfassende Prüfung hat die Frage ersetzt, ob Gesetze, anderes geschriebenes Recht oder ungeschriebenes Gewohnheitsrecht verletzt worden sind. Eine solche Verletzung ist natürlich ein starker Hinweis auf Verschulden, doch nicht unbedingt ausschlaggebend. Der verhaltensbezogene Ansatz hat weitgehend das Problem der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden aufgelöst, denn beide Begriffe müssen heute als Aspekte oder potentielle Argumente im Hinblick auf das umfassende Kriterium der »culpa« gesehen werden.

2/72 Die oben erwähnte Debatte betraf nur das Schadenersatzrecht, doch »rettsstrid« (»Rechtswidrigkeit«) ist auch breiter erörtert worden. Die Frage tritt noch immer von Zeit zu Zeit in der Privatrechtsdiskussion auf, doch sie bezieht sich heute nur mehr auf eine Situation, in der Verhaltensvorschriften verletzt werden. Sie hat in der juristischen Erörterung keinen Stellenwert als wichtige Frage.

2/73 Der methodologische Ansatz des modernen Privatrechts stellt hauptsächlich die Frage, ob die Voraussetzungen für finanzielle Rechtsfolgen vorliegen. Das trifft zB auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Wenn das Problem eine Pflicht zur Unterlassung betrifft, spielt die Frage der Unrechtmäßigkeit oder

113 Vgl die Dichotomie von verhaltensbezogenem und erfolgsbezogenem Unrecht in Basic Questions I Rz 6/15.

114 Einen Überblick über die Debatte gibt *Nygaard,* Skade og ansvar (2007) 173. Hauptgegner waren *Fredrik Stang, Alf Ross* und *Wilhelm Lundstedt,* damals führende Gelehrte in den entsprechenden skandinavischen Ländern.

115 Siehe zB *V. Hagstrøm,* Culpanormen (1985) 37 f. und *Nygaard,* Skade og ansvar 172 f.

Rechtswidrigkeit eine wichtigere Rolle. Sie lautet oft, ob eine Tätigkeit dem Recht widerspricht. Wenn ja, dann stehen dem Opfer bestimmte Rechtsbehelfe zur Verfügung.

Rechtswidrigkeit wird in bestimmten Lebensbereichen die Grenzen des Schadensbegriffs markieren; siehe unten Rz 2/75 f In anderen Bereichen kann sich die Frage stellen, ob der Täter seine Handlungsfreiheit überschritten hat, ohne vom Recht daran gehindert zu werden; siehe unten Rz 2/77 ff. **2/74**

B. Rechtswidrigkeit als Begrenzung des Schadensbegriffs

Wegen des oben erwähnten verhaltensorientierten Zugangs zur Rechtswidrigkeit ist es im Allgemeinen nicht angebracht, Erheblichkeitsschwellen als einen Aspekt zu betrachten, der mit Rechtswidrigkeit zu tun hat. Im norwegischen Recht muss das Thema vielmehr im Zusammenhang mit der Begrenzung des Schadensbegriffs angesprochen werden. Die Verursachung einer Beeinträchtigung eines Mitmenschen, die eine Erheblichkeitsschwelle nicht überschreitet, ist allerdings nicht rechtswidrig und bewirkt keinen ersatzfähigen Schaden. Das ist tatsächlich eine de-minimis-Regel, obgleich Kommentatoren und andere Juristen dazu selten diesen Ausdruck verwenden. Im Nachbarrecht ist eine Erheblichkeitsschwelle mit einem Prinzip der Reziprozität verknüpft. Eine übliche Formulierung lautet, dass jeder Grundstückseigentümer ein bestimmtes Maß an Beeinträchtigung durch seinen Nachbarn ohne Kompensation dulden muss[116]. **2/75**

De-minimis-Regeln finden sich auch im Produkthaftungsgesetz und im Gesetz über Personenverletzungen von Patienten[117]. Bezüglich Nichtvermögensschäden existieren etliche Beispiele für Erheblichkeitsschwellen, wobei die wichtigsten besagen, dass die Unannehmlichkeiten »erheblich« (»betydelig«) sein, dh auf der Tabelle »medizinischer Behinderung« etwa 15 % überschreiten müssen. Im norwegischen Schadenersatzrecht ist eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle für sich noch nicht erörtert worden. Wie unten erläutert wird, soll nach allgemeiner Auffassung ein Opfer voll entschädigt werden. Das schließt auch Ansprüche auf kleine Geldbeträge ein. **2/76**

116 Das Prinzip ist in den Materialien klar formuliert, siehe Rådsegn 2 fra Sivillovbokutvalet 18 f. Geringfügige Beeinträchtigungen unterhalb einer gewissen Schwelle müssen einfach als Teil des Nachbarschaftsverhältnisses geduldet werden. In den Materialien wird diese Schwelle als »tålegrense« (»Duldungsschwelle«) bezeichnet.

117 Siehe Produktansvarsloven 23. Dezember 1988 Nr 104 § 2-3 (3); eine Schwelle von NOK 4,000 (ca € 500,–), und Pasientskadeloven 15. Juni 2001 Nr 53 § 4 1. Absatz; eine Grenze von NOK 5,000 (ca € 625,–).

C. Rechtswidrigkeit als Begrenzung der Handlungsfreiheit

2/77 Das norwegische System anerkennt, dass manche Handlungen, Unterlassungen oder Zustände den Vorschriften und Prinzipien der Rechtsordnung widersprechen, unabhängig davon, ob es für die Verletzung der Rechtsvorschrift Sanktionen gibt, und unabhängig von Verschulden. Wenn also ein Arbeitgeber eine Vorschrift über ausreichende Ruhepausen für seine Arbeitnehmer ignoriert, kann sein Verhalten rechtswidrig sein, doch wird es nicht unbedingt als schuldhaft betrachtet. Dieselbe Konstellation ergibt sich, wenn ein Kind trotz einer auf Rot geschalteten Verkehrsampel die Straße überquert. Die Handlung selbst ist rechtswidrig, doch liegt kein Verschulden vor, da dem Kind kraft Gesetzes die persönliche Fähigkeit fehlt, schuldhaft zu handeln.

2/78 Im Hinblick auf immateriellen Schaden besteht kein direkter Zusammenhang zwischen Rechtswidrigkeit und Sanktion. Fahrlässiges Verhalten, das einem anderen Schmerzen verursacht, zB wenn man auf der Straße mit einem anderen zusammenstößt, mag nicht zu einem ersatzfähigen Schaden führen, doch die Handlung selbst ist zweifellos rechtswidrig[118].

2/79 Dieses Verständnis von Rechtswidrigkeit wird häufig mit der Lehre von Haftung für schuldhaftes Verhalten überlappen. Der Grund dafür liegt darin, dass die culpa-Regel in vielen Lebensbereichen die Grenzlinie zieht zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Verhalten auf Grund der Anforderungen, welche die Rechtsordnung stellt. Der culpa-Standard gilt als objektiver Maßstab, doch in dem Sinn, dass gewisse Unterscheidungen zu treffen sind. Ein Mensch handelt nicht schuldhaft, wenn seine mangelnde Sorgfalt durch Krankheit oder beschränkte geistige Fähigkeiten begründet war. Im zweiten Fall wäre die culpa-Frage so zu stellen, ob der Täter eine Situation vermeiden hätte sollen, die er nicht bewältigen konnte[119]. Dementsprechend muss ein besonders ausgebildeter Täter auch als solcher behandelt werden. Ein beruflicher Turnlehrer muss dem Maßstab für Turnlehrer entsprechen, ein Anwalt kann nicht deshalb für Fehler entschuldigt werden, nur weil er jung und unerfahren ist[120]. Die jüngsten Kinder gelten als verschuldensunfähig. Nach Lehre und Judikatur erlangen sie Schuldfähigkeit im Alter von sieben Jahren. Diesbezüglich ist also das norwegische System dem deutschen Recht ganz ähnlich.

2/80 Was Unterlassungen betrifft, hat die norwegische Lehre diese lange Zeit unter der Frage der Rechtsgrundlage der Haftung behandelt. Erstens hat die norwegische

118 Schmerzengeld wird nur unter der Voraussetzung gewährt, dass der Täter mit grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz gehandelt hat, siehe skl. § 3-5. Daher haben Opfer, deren Schmerzen auf Grund einfacher Fahrlässigkeit oder einer Tätigkeit verursacht wurden, die unter strikte Haftung fällt, keinen Ersatzanspruch.

119 *Nygaard,* Skade og ansvar 212 f.

120 Siehe in entsprechender Reihenfolge die Fälle Rt. 1997, 1011 und Rt. 1994, 1465.

Lehre versucht, die Unterscheidung zwischen deliktischen Unterlassungen und aktiven deliktischen Handlungen zu verwischen, indem sie betonte, dass in beiden Kategorien die Vorwerfbarkeit auf den Umstand gegründet ist, dass der Täter eine alternative Handlung vornehmen hätte sollen. Er oder sie hätte *etwas anderes* tun sollen. Zweitens behandelt die Lehre verschiedene Arten von »tilknytning«, das bedeutet »Zusammenhang mit« dem Risiko, das zum Schaden führt. Wenn der Täter eine Art qualifizierten Zusammenhangs mit dem Risiko hatte, hätte er anders reagieren müssen. Das »Ingerenzprinzip« (die Pflicht von jemandem, der eine gefährliche Situation schafft, etwas zu unternehmen, um die Gefahr abzuwenden) passt in diese Formel. Wer aktiv ein Risiko schafft, hat einen ausreichenden Zusammenhang mit dem Risiko und deshalb die Motivation, es zu verhindern[121].

Manchmal verschiebt sich der hinter einer Verbindung bestehende Anspruch **2/81**
ein wenig, so dass die Verbindung zu einer anderen Person, zum Opfer, den Zusammenhang mit dem Risiko herstellt[122]. So hat die Tendenz des deutschen Rechtskreises, Gewicht auf die Art des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer zu legen, ein Gegenstück im norwegischen Recht: ob der Täter eine Verhaltenspflicht hatte oder nicht, hängt von seinem Verhältnis und, genauer gesagt, von seinem Zusammenhang mit dem Opfer ab. Dieser Zusammenhang kann auf Familie, Vertrag oder besondere Pflichten aus Beruf oder Stellung gegründet sein. Wenn ein Familienzusammenhang besteht, können die Handlungspflichten erhöht sein, typischerweise für Eltern bezüglich ihrer Sorgepflichten gegenüber ihren Kindern. Eine solche erhöhte Pflicht wird von der Rechtsordnung in der Familienrechtsgesetzgebung anerkannt und zum Ausdruck gebracht.

Andere Zusammenhänge können auf einfache Alltagskontakte gegründet **2/82**
sein (ein Nachbar pflegt die Blumen während des Urlaubs) oder noch losere und flüchtigere Beziehungen. Der Zusammenhang muss allerdings ein Mindestmaß an Stärke und Dauer aufweisen, um den Anforderungen zu entsprechen. Die Lehre steht auf dem Standpunkt, dass zum Opfer eine Art von Verbindung bestehen muss, die den Täter *im Gegensatz zu anderen Menschen* haftbar macht. So hat das Gruben-Beispiel[123] ein nordisches Gegenstück im Beispiel des Ertrinkenden. Ein bloßer Zuschauer hat keine Pflicht zur Hilfeleistung und kann für deren Unterlassung nicht verantwortlich gemacht werden. Die Lehre führt zum Schluss, dass es im Gruben-Beispiel keine Haftung gibt. Es besteht allerdings ein kleiner Unterschied zwischen der Gruben-Situation und der Lage des Ertrinkenden: natürlich ist es leichter für den Passanten, den Blinden aufmerksam zu machen, als für den Zuschauer, ins Wasser zu springen, um den Ertrinkenden zu retten. Dieser

121 *Nygaard,* Skade og ansvar 184.
122 *Nygaard,* Skade og ansvar 187.
123 Siehe Basic Questions I Rz 6/46.

Umstand kann, zusammen mit modernen normativen, altruistischen Einstellungen, trotz der klassischen Haltung gegenüber dem Ertrinkenden als Argument zugunsten einer Haftung sprechen. Es ist allerdings sehr zweifelhaft, ob die Gerichte tatsächlich den Passanten haften lassen würden. Judikatur und Lehre weisen in die Richtung, dass die Klage gegen den Passanten abgewiesen würde[124].

2/83 Das norwegische Recht kennt keinen milderen Fahrlässigkeitsmaßstab in Familienbeziehungen. Der culpa-Standard wird als relativ betrachtet und in gewisser Weise auf die besonderen Beziehungen zugeschnitten, die der Fall betrifft. Allerdings würde eine Bevorzugung des Täters kraft Familienbeziehung wahrscheinlich den im norwegischen Recht herrschenden Wertvorstellungen widersprechen. Wenn die Familienbeziehung überhaupt eine Auswirkung auf den Fahrlässigkeitsmaßstab haben sollte, dann wahrscheinlich in der entgegengesetzten Richtung. Eltern können einer besonderen Sorgfaltspflicht unterliegen, da die Stellung ihrer Kinder als schwach gilt und ein entsprechendes Schutzbedürfnis durch die Rechtsordnung gesehen wird.

2/84 Gefährlichkeit kann bei Anwendung der *Learned-Hand-Formel* Rechtswidrigkeit begründen, aber auch für sich allein Rechtswidrigkeit darstellen, vgl die Lehre von strikter Haftung für gefährliche Tätigkeiten; siehe unten Rz 2/101 ff. Viele gesetzliche Bestimmungen sehen strikte Haftung für bestimmte Arten von Schädigungen vor, die von gefährlichen Sachen ausgehen, siehe zB die Gesetze über Vergnügungsparks, Kernkraftnutzung und Eisenbahnen[125]. Die Haftungsbestimmungen in diesen Gesetzen beruhen ausschließlich auf Gefährlichkeit. Die Tätigkeit selbst ist natürlich nicht rechtswidrig, doch sobald Schaden verursacht wird, ist der Eigentümer oder das sonst betroffene Rechtssubjekt haftbar.

2/85 Manchmal werden die Elemente der Rechtswidrigkeit, die sich auf das Verhalten beziehen, und die Elemente, die mit dem Schaden zu tun haben, als Kontinuum empfunden. Das heißt, dass der Akt für sich selbst, die Vorgangsweise selbst entscheidend ist und einen bestimmten negativen Effekt ausreichend erscheinen lässt für den Begriff eines nach Deliktsrecht relevanten Schadens. Das wird für unlauteren Wettbewerb auf einem Markt der Fall sein. Gewinn auf Kosten eines Konkurrenten zu erzielen, ist nicht an und für sich rechtswidrig, und der Verlust von Marktanteilen stellt nicht für sich allein einen nach Deliktsrecht relevanten Schaden dar[126]. Wenn der Gewinn jedoch mit rechtswidrigen Mitteln erlangt wird, durch Handlungen, die den Wettbewerb verzerren oder in anderer Weise den

124 Siehe den Fall RG 1984, 338; eine Frau fand einen Schlüssel im Postfach ihrer Nachbarin. Sie nahm ihn heraus und legte ihn dann wieder zurück. Sie wurde nicht für einen späteren Diebstahl aus der Wohnung der Nachbarin haftbar gemacht, als ein Dieb den Schlüssel benützte, um in deren Wohnung zu gelangen.

125 Siehe Tivoliloven 7. Juni 1991 Nr 24 § 7, Atomenergiloven 12. Mai 1972 Nr 28, Kapitel 3, Jernbaneansvarsloven 10. Juni 1977 Nr 73 §§ 9 und 10.

126 Siehe dazu *Hagstrøm,* Culpanormen 56.

Regeln fairer Geschäftstätigkeit widersprechen, kann der Konkurrent, der durch diese Handlungen Verlust erleidet, vom Täter Schadenersatz begehren[127].

In einer groben Charakterisierung des norwegischen Verständnisses von Rechtswidrigkeit könnte man sagen, es beziehe sich hauptsächlich auf Verhalten, es könne aber auch den Schadensbegriff betreffen. **2/86**

II. Fehlverhalten in der Sphäre des Verantwortlichen

A. Einleitung

Wie im österreichischen Recht gibt es auch im norwegischen ein ganzes Bündel von Rechtsvorschriften, die besagen, dass ein Geschäftsherr für die deliktischen Handlungen verantwortlich sein soll, die von seinen Hilfspersonen begangen werden. Zu diesem Thema bestehen zwei Hauptregeln. Erstens skl. § 2-1, wonach der Dienstgeber ungeachtet seines eigenen Verhaltens haftbar ist, wenn sein Dienstnehmer im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses schuldhaft Schaden verursacht. Die strikte Haftung des Geschäftsherrn wird dadurch gerechtfertigt, dass Dienstgeber und Dienstnehmer eine enge und dauerhafte Beziehung zum Zweck der Förderung der Interessen des Geschäftsherrn eingegangen sind. Daher findet die Regel nur dort Anwendung, wo das Recht ein Beschäftigungsverhältnis sieht, für das in den Gesetzesmaterialien bestimmte Richtlinien bestehen. So werden zB der Grad der Weisungsbefugnis des Dienstgebers, das Element eines vereinbarten Stundenlohns, die Frage, wessen Arbeitsmittel benützt werden usw relevante Faktoren für die Entscheidung bilden, ob ein Beschäftigungsverhältnis gemäß § 2-1 besteht. Im Allgemeinen ist entscheidend, ob der Vertrag auf die Erbringung eines bestimmten Resultats oder auf eine Leistung von Arbeit über einen Zeitraum zielt. Die zweite Variante ist ein Kernbestandteil eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 2-1[128]. Sehr kurze, unentgeltliche Dienstleistungen, zB durch einen Nachbarn, der Brot einkaufen geht, entsprechen dieser Anforderung nicht. **2/87**

Zweitens besagt ein allgemeines Prinzip, dass eine Vertragspartei mit den Personen oder Institutionen identifiziert wird, die sie zur Hilfe bei der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen heranzieht[129]. Die Rechtfertigung dieser Regel ist **2/88**

127 Das ist im norwegischen Recht ein allgemeines und unbestrittenes Prinzip, siehe *T. Lunde,* God forretningsskikk (2000) 36 f.

128 Zu diesen Richtlinien siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 224–227. Siehe auch die Materialien zu skl. Innstilling II 27 f.

129 Das entspricht dem Erfüllungsgehilfen des deutschen Rechts, vgl § 278 BGB.

sehr stark mit der Verpflichtung und den Erwartungen der anderen Partei sowie mit der Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit verknüpft[130].

2/89 Umgekehrt ist ein Geschäftsherr, der eine Person oder Institution dazu heranzieht, eine Aufgabe als unabhängiger Unternehmer (nicht als Gehilfe) zu erfüllen, nicht für irgendein Verhalten des unabhängigen Unternehmers haftbar, sofern die Aufgabe nicht Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung ist. Um also eine Haftung für Schaden zu vermeiden, der von seiner Hilfsperson verursacht wird, kann es für den Geschäftsherrn entscheidend sein zu beweisen, dass der Schaden außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses oder außerhalb der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zugefügt wurde.

B. Der Grundsatz respondeat superior; skl. § 2-1

2/90 Im Hinblick auf skl. § 2-1 liegt ein Rechtfertigungsgrund für strikte Haftung des Dienstgebers darin, dass er den direkten Täter beschäftigt hat, um die Interessen seines Dienstgebers (einschließlich Gewinnerzielung) zu verfolgen. Ein weiterer bedeutsamer Grund für die Regel ist der Umstand, dass es für das Opfer sehr schwer zu beweisen wäre, dass der Dienstgeber bei der Auswahl oder Überwachung des Dienstnehmers schuldhaft gehandelt hat. Daher dient die strikte Haftung sowohl als eine Art Präsumtion als auch als Norm mit Präventivzweck. Solange der Dienstgeber weiß, dass er für deliktisches Verhalten seines Dienstnehmers haften wird, hat er einen Anreiz, die richtigen Leute für die richtigen Aufgaben auszuwählen und sie entsprechend zu instruieren. Der Dienstgeber hat auch einen Anreiz, Überwachung und Kontrolle auszuüben[131].

2/91 Solange ein erheblicher Grund für verschuldensunabhängige Haftung darin liegt, dass der direkte Täter tatsächlich vom Geschäftsherrn mit einer regelmäßigen Tätigkeit beschäftigt wird, muss die Abgrenzung zwischen Dienstnehmern und unabhängigen Unternehmern sorgfältig und deutlich vorgenommen werden. Die Grenzen des Beschäftigungsverhältnisses werden hauptsächlich durch die Art der Arbeitsleistung und die Frage bestimmt, ob die Tätigkeit, bei der das schuldhafte Verhalten in Erscheinung trat, im Interesse des Dienstgebers ausgeübt wurde. Die Argumentation konzentriert sich in diesen Fällen auf die Frage, ob ein ausreichender Zusammenhang zwischen der beruflichen Funktion und dem zugefügten Schaden besteht. Man kann deshalb in der Diskussion des Problems der Grenzen der Zurechnung eine Art Adäquanzproblem erblicken. Das Thema unterscheidet sich allerdings von den üblichen Adäquanzfragen, da der zu

130 Siehe *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon (2002) 182.
131 Zum Gesetzeszweck von skl. § 2-1 siehe zB *Nygaard,* Skade og ansvar 220 f.

prüfende Zusammenhang zwischen der beruflichen Funktion und dem eingetretenen Schaden besteht[132].

Besondere Aufmerksamkeit gilt Fällen, in denen der Dienstnehmer nur zur Förderung seiner eigenen Interessen und Ziele tätig ist, typischerweise dadurch, dass er Geschäftspartner seines Geschäftsherrn bestiehlt oder betrügt. In den Gesetzesmaterialien zu den erwähnten Bestimmungen wird betont, dass der Umstand, dass der Dienstnehmer mit Vorsatz gehandelt hat, im Allgemeinen gegen die Haftung des Dienstgebers sprechen wird. Allerdings gibt es einige Fälle, in denen der Geschäftsherr trotzdem zur Haftung herangezogen wurde. Diese Fallentscheidungen werden oft damit erklärt, dass die Gefahr vorsätzlicher krimineller Handlungen der ausgeübten Geschäftstätigkeit inhärent sei. So hat zB in der Entscheidung Rt. 2000, 211 ein Bankdirektor durch Missbrauch seines Titels und seiner Stellung einen Betrug begangen, durch den eine andere Bank einen Verlust von etwa NOK 17 Millionen (ungefähr € 2 Millionen) erlitten hat. Der Umstand, dass das Bankgeschäft Leuten den Zugang zu großen Geldbeträgen öffnet, macht es wahrscheinlich, dass Gelegenheiten, die sich auf verschiedenen Berufsebenen ergeben, mitunter missbraucht werden. Das wird als eine Art kalkulierbares Risiko des Bankeigentümers verstanden, und dieser muss daher bereit sein zu zahlen, wenn die kriminelle Handlung stattfindet. Wenn diese zu vage mit der beruflichen Stellung des Arbeitnehmers verbunden ist, wird der Geschäftsherr nicht haften; siehe zB Rt. 1996, 687 wo ein Hausmeister in der Nacht Sachen aus einem angrenzenden Gebäude stahl, zu dem er auf Grund seiner beruflichen Stellung Zugang hatte. In einem jüngsten Fall hat das Oberste Gericht eine neue Überlegung hervorgehoben, nämlich ob das Opfer selbst sorgfältiger hätte sein sollen; siehe Rt. 2012, 1765: ein Angestellter eines Autoverleihs verkaufte einen der Mietwagen um etwa die Hälfte des Marktwerts des Autos. Der Umstand, dass der Käufer erkennen hätte sollen, dass es sich um einen Betrug handelt, war ein entscheidender Aspekt für die Abweisung der Klage gegen das Mietwagenunternehmen. **2/92**

Diese Fälle erfüllen oft die Kriterien für Haftung aus Vertrag, da das Opfer typischerweise im Zusammenhang mit einer vertraglichen Verpflichtung, die der Geschäftsherr mit Hilfe seines Dienstnehmers erfüllt, in Mitleidenschaft gezogen wird. Der Umstand, dass eine vertragliche Verpflichtung vorliegt, kann ein starkes Argument zugunsten der Haftung sein, selbst wenn der Arbeitnehmer auf unberechenbare und kriminelle Weise handelt; siehe dazu unten beim Thema »Erfüllungsgehilfe«. Doch dieses Argument wird oft übersehen, da sich das Oberste Gericht auf das positive Kriterium der Adäquanz in der Vorschrift über Arbeitgeberhaftung in skl. § 2-1 beruft. Die problematische Seite dieser Vorgangsweise **2/93**

132 Für Ausführungen zum Thema Adäquanz bei der Dienstgeberhaftung siehe *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 109–113.

wurde deutlich, als ein Wächter das Gebäude in Brand steckte, das er bewachen sollte. Aus einer engen Sichtweise von Dienstgeberhaftung könnte argumentiert werden, dass die Unrechtstat außerhalb jedes vernünftigerweise zu erwartenden Verhaltens oder dessen, was man als adäquat ansehen könnte, begangen wurde. Daher sollte die Klage gegen den Dienstgeber abgewiesen werden. Andererseits spricht der vertragsrechtliche Ansatz stark gegen eine solche Lösung. Das Unternehmen, das einen Vertrag zur Beaufsichtigung der Gebäude abgeschlossen hatte, hatte dies getan, um Feuer zu verhindern. Wenn das Bewachungsunternehmen, als Teil seiner Vertragserfüllung, einen Pyromanen heranzog, war dies eine klare Vertragsverletzung, und dafür sollte es haften[133].

C. Gehilfenhaftung nach Vertragsrecht

2/94 Die andere Hauptregel des norwegischen Rechts besagt, dass ein Geschäftsherr ohne Verschulden haftet, wann immer eine Hilfsperson rechtswidrig einem Vertragspartner in der Erfüllung vertraglicher Pflichten Schaden zufügt. Die Rechtfertigung dieser Haftungsregel besteht einfach darin, dass der Vertrag erfüllt werden muss, und aus Präventionsgründen die Vertragspartei für jeden Irrtum oder Fehler haften muss, der von ihrem Gehilfen oder Personal in ihrer Sphäre begangen wird.

2/95 Der Vertragsumfang bestimmt daher häufig die Grenzen der Haftung. Die typische Frage würde lauten, ob eine Art negativer Wirkung auf Seiten der Vertragspartei eine Vertragsverletzung darstellt. Wenn ja, ist zu fragen, ob irgendjemanden in der Sphäre des Geschäftsherrn Verschulden trifft. Wenn diese Frage bejaht wird, ist der Geschäftsherr haftbar.

2/96 Diese Vorgangsweise stößt natürlich an Grenzen, typischerweise wenn Gegenstände betroffen sind, die für die Vertragserfüllung nicht wesentlich sind. Ein typisches Beispiel wäre die Beschädigung von Sachen in der Wohnung des Bestellers einer Dienstleistung (Basic Questions I Rz 6/108), wobei die Frage der Haftung des Geschäftsherrn offen bleibt. Gelehrte haben gemeint, ein erstes Kriterium wäre, ob der Vertrag conditio sine qua non des verursachten Schadens ist. Dieses Kriterium ist jedoch möglicherweise nicht präzise genug und bürdet dem Geschäftsherrn zu viel an Verantwortung auf. Man hat deshalb vorgeschlagen, Gewicht auf den Umstand zu legen, ob der Schaden als Folge der Ausübung einer Tätigkeit eingetreten ist, die für den Vertrag wesentlich war, was Haftung nach sich ziehen würde, während ein Missgeschick im Zuge einer Tätigkeit zur Erfüllung von bloßen

133 Siehe zu diesem Thema *K. Krüger,* Pyroman i vekterklær, TfE (2010) 5–28 und *M. Strandberg,* Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forsett, Jussens venner (2012) 33–68.

vertraglichen Nebenpflichten keine Haftung bewirken würde[134]. Ein Gelehrter hat versucht, diesen Gedanken weiterzuentwickeln und hat eine Theorie vorgeschlagen, welche die Frage stellt, ob die beschädigte Sache bewusst dem Risiko ausgesetzt wurde oder nicht[135]. Die niederländische Idee zu fragen, ob der Vertrag das Risiko erhöht hat, ist in der nordischen Lehre nicht erörtert worden. Man kann jedoch feststellen, dass diese Lösung durchaus zur Argumentation auf anderen Gebieten passt, wie etwa bei Adäquanzfragen im Allgemeinen[136] oder dem oben beschriebenen speziellen Adäquanztest bei der Dienstgeberhaftung[137].

Ein anderer Gesichtspunkt des Problems wird sichtbar, wenn der Gehilfe vorsätzlich handelt. Im oben zitierten Pyromanen-Fall treten viele der hier entscheidenden Fragen auf. Die Aufgabe, das Gebäude zu betreuen, hat dem Pyromanen erlaubt, die Unrechtstat zu begehen. Der Fall unterstreicht deshalb die Beobachtungen in Basic Questions I Rz 6/110: »the auxiliary gains the opportunity precisely by being entrusted …« (»die Hilfsperson erlangt gerade durch die Betrauung die Möglichkeit …«). Dieses Argument könnte für sich allein genügen, den Geschäftsherrn haftbar zu machen, doch ich würde annehmen, dass es nicht ausreicht, wenn der Vertrag eine bloße Bedingung für die Begehung vorsätzlicher Straftaten darstellt. Es wäre zB zu hart gegenüber einer Vertragspartei, sie haften zu lassen, wenn ihr Erfüllungsgehilfe (ein Anwalt, Installateur oder Zimmermann) einen grundlosen körperlichen Angriff auf die andere Vertragspartei unternimmt, weil er erkannt hat, dass es sich um einen alten Feind aus der Volksschule handelt[138]. Die Frage muss mE darauf gerichtet sein, wie eng der vorsätzlich zugefügte Schaden mit der Vertragserfüllung zusammenhängt, für welche die Vertragspartei bezahlt hat. Der Pyromanen-Fall ist diesbezüglich lehrreich: die vorsätzliche Handlung hat gerade die Sache beschädigt, die der Pyromane hätte betreuen sollen. Die Übereinstimmung zwischen dem Vertragszweck und der vorsätzlichen Tat der Hilfsperson kann mE ein entscheidendes Haftungskriterium sein[139]. Ein solches Kriterium würde den österreichischen Überlegungen zur Hauptleistungspflicht entsprechen[140]. **2/97**

134 *E. Selvig,* Husbondansvar (1968) 112; *P. Augdahl,* Alminnelig obligasjonsrett[5] (1978) 226.

135 *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 218–239.

136 Siehe zum Kriterium »påregnelighet« *Nygaard,* Skade og ansvar 354 f.

137 Siehe oben Rz 2/92, sowie weiters die Fälle Rt. 2000, 211 und Rt. 1997, 786.

138 *Peter Cane* hat betont, dass der Vertrag für die Schadenstat relevant sein muss, siehe *P. Cane,* Tort Law and Economic Interest (1996) 308. Das norwegische Schadenersatzrecht entspricht der Auffassung des deutschen Rechtskreises, dass es nicht genügt, wenn der Vertrag dem Gehilfen bloß die Gelegenheit bietet, Schaden zuzufügen, siehe zB *S. Mennemeyer,* Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen (1983) 109.

139 Es gibt starke Hinweise, dass die entscheidende Frage lautet, ob der Schaden dem Gegenstand des Vertrags zugefügt worden ist oder nicht, siehe die spezielle Erörterung in *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 222 ff. Siehe auch *K. Lilleholt,* Tingskade og kontrakt, in: G. Holgersen/K. Krüger/K. Lilleholt (Hrsg), Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002).

140 Basic Questions I Rz 6/111.

D. Haftung für Familienmitglieder

2/98 Eine Spezialnorm zur Haftung kraft Familienbeziehung enthält skl. § 1-2. Diese Bestimmung illustriert die Behandlung von Familienbeziehungen bei der Auslegung von Haftungsvorschriften im norwegischen Recht. Eltern haften verschuldensunabhängig für Handlungen ihrer Kinder, die für verschuldensfähig erachtet werden – einschließlich fahrlässigen Verhaltens. Solche Handlungen werden implizit als rechtswidrig erachtet, obwohl sich der Wortlaut der genannten Rechtsvorschrift auf die culpa-Regel beruft. Die Haftung ist jedoch auf NOK 10,000 (ca € 1.200,–) begrenzt. Hinter dem Rechtssatz stehen der Gedanke der Prävention und die Notwendigkeit der Ersatzleistung an das Opfer. Man bezieht sich auch auf die »allgemeine Gerechtigkeitsvorstellung«, dass Eltern aus Gründen der Anständigkeit wohl den Schaden ersetzen wollen, den ihre Kinder verursacht haben[141]. Man kann vielleicht hinzufügen, dass die allgemeine Tendenz, Kinder mit ihren Eltern zu identifizieren und umgekehrt, ebenfalls eine Rolle spielt. Nach norwegischem Recht werden etliche rechtliche Gleichsetzungen damit gerechtfertigt, dass es eine »psychologische Tendenz, Subjekte miteinander zu identifizieren« gebe[142].

E. Die Organhaftung

2/99 Die oben erwähnten Zurechnungskriterien betreffen verschiedene Variationen der Identifikation eines Geschäftsherrn mit einer Hilfsperson, die mehr oder weniger für den Geschäftsherrn handelt. Eine Art Identifikation ist auch erforderlich, wo eine physische Person für einen Rechtsträger handelt, was im deutschen Recht als Organhaftung behandelt wird. Im norwegischen Recht existiert dasselbe Rechtsinstitut, zum Teil von deutschem Recht inspiriert[143]. Der Gedanke, dass bestimmte physische Personen einen Rechtsträger repräsentieren oder sozusagen der Rechtsträger *sind,* wird in keinem Gesetz ausgedrückt, sondern ist eine unkodifizierte allgemeine Regel des in Teil 1 besprochenen Typs. Diese Konstruktion hat beschränkte praktische Bedeutung, da Geschädigte in den meisten Fällen besser daran tun, auf der Grundlage von »respondeat superior«, skl. § 2-1, zu klagen. Es gibt allerdings bestimmte Vorschriften, wonach Haftung voraussetzt, dass das verantwortliche Subjekt die Unrechtstat persönlich begangen hat. Das betrifft die Zahlung von Schmerzengeld für immateriellen Schaden, vgl skl. § 3-5. Wie oben

141 Siehe Innstilling I (1958) 17 f.

142 Siehe *Andenæs,* TfR (1943) 361–401, 482 und *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 60–66.

143 Die Materialien zu skl. berufen sich auf deutsches Recht und die«Organtheorie« *Gierkes (O. von Gierke,* Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung [1875]); siehe Innstilling II fra komiteen til å utrede spørsmålet om barn og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar 1964.

erwähnt, setzt diese Vorschrift Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit voraus. In manchen Fällen muss das Opfer beweisen, dass Personen, die Organe eines Rechtsträgers oder eines Unternehmens sind, grob fahrlässig gehandelt haben. Ein anderer Bereich liegt im Vertragsrecht, wo gelegentlich ein Vertrag eine Freizeichnung enthält, nach der eine Vertragspartei für Schaden nicht haftbar sein soll, der durch grobfahrlässiges Verhalten ihrer Arbeitnehmer verursacht wird. Nach herrschender Lehre kann jedoch eine Vertragspartei keine Haftungsbefreiungsklausel für eigenes grobfahrlässiges Verhalten in Anspruch nehmen. Daher kann die andere Vertragspartei zu beweisen trachten, dass der Schaden durch ein Organ des Vertragsunternehmens verursacht wurde[144]. Ein Beispiel bietet der Fall in Rt. 1994, 426: Ein Frachtkontrollor ordnete an, schwere Papierrollen auf eine besondere Weise im Laderaum zu verstauen, bevor sie über den Atlantik transportiert wurden. Die Beladung war fahrlässig, die Rollen stürzten um und wurden während der Fahrt über das Meer beschädigt. Das Frachtunternehmen versuchte, aus der Haftung entlassen zu werden, da eine Verzichtserklärung bezüglich grobfahrlässiger Handlungen von Dienstnehmern vorlag. Das Gericht entschied jedoch, dass der Frachtkontrollor als Organ des Unternehmens betrachtet werden müsse, und daher das Unternehmen zu haften habe. Der Fall zeigt, dass die Frage, welche physischen Personen sich in Positionen befinden, die eine Zuweisung der Haftung an das Unternehmen gestatten, bis zu einem gewissen Ausmaß auf der Grundlage der speziellen Umstände des Falles erörtert werden muss.

Die Frage, welche Personen als Organe zu betrachten sind, wurde hingegen **2/100**
üblicherweise mit dem Hinweis auf die obersten Ebenen der Unternehmenshierarchie beantwortet. Daher bewirken der Vorstand und der Vorstandsvorsitzende eine Haftung des Unternehmens. Auch Direktoren und Manager auf einer tieferen Ebene können als Organe betrachtet werden, wenn sie einer Abteilung vorstehen, in welcher die schadensstiftende Handlung ihren Ursprung hat. Eine interessante Frage ist, ob eine Anhäufung kleinerer Fehler oder geringerer Fahrlässigkeit bei Personen auf einer genügend hohen Ebene des Unternehmens grobe Fahrlässigkeit ergeben kann, wodurch das Unternehmen haftbar würde. Diese Frage wurde in einem Fall von dem Berufungsgericht RG 1995, 1298 zustimmend beantwortet. Das Gericht befand, dass nicht weniger als sieben Personen an der Spitze des Unternehmens kumulativ den Tod eines Lastkraftwagenfahrers verursacht hatten. Seine Frau erhielt Schadenersatz für Trauer, was persönliche grobe Fahrlässigkeit seitens der verantwortlichen Partei voraussetzt. Meines Erachtens widerspricht die Idee kumulativer grober Fahrlässigkeit dem Gedanken der Organschaft für das Unternehmen. Überdies gibt es, solange der Vorstand eines Unternehmens gemeinsam ein Delikt als Organ des Unternehmens begehen kann, keinen Grund

144 Siehe insbesondere *V. Hagstrøm,* Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, TfR (1996) 421–518.

dafür, eine Haftung auf der Basis der kumulativen Handlungen einer anderen Gruppe von Personen an der Spitze des Unternehmens zu begründen.

F. Gefährlichkeit

2/101 Gefährlichkeit kann nach norwegischem Recht eine Haftungsgrundlage bilden. Im neunzehnten Jahrhundert galt die Regel, dass Ersatz nur bei Verschulden geleistet wurde. Als in der Industriellen Revolution verschiedene Produktionsmaschinen erfunden wurden, wurde klar, dass Unfälle auch dann eintreten können, wenn niemandem irgendein Vorwurf gemacht werden konnte. Das bloße Eigentum an einer Industrieanlage konnte zu Schaden führen, und es gab natürlich eine Notwendigkeit der Ersatzleistung, wenn arme Arbeiter während der Arbeitszeit verletzt wurden. Die Lösung bestand darin, die culpa-Regel äußerst streng auszulegen[145]. Das war das Ergebnis einer bestimmten Argumentationsweise: je gefährlicher die Tätigkeit, desto mehr verlangt die Situation vom Eigentümer oder Täter, Sorgfalt anzuwenden. So hat die Gefährlichkeit die Sorgfaltspflicht beeinflusst. Die Pflicht des Eigentümers wurde sehr streng, so streng nämlich, dass nur mehr ein kleiner Schritt zur Kategorie strikter Haftung verblieb.

2/102 1897 hat ein Gelehrter festgestellt, eine Regel strikter Haftung für »farlig bedrift« (»gefährliches Unternehmen«) sei Teil des norwegischen Rechts[146]. In den folgenden Jahrzehnten hat das Oberste Gericht mehrere Entscheidungen getroffen, durch die eine allgemeine Regel über strikte Haftung konsolidiert worden ist[147]. Gewisse Kriterien wurden entwickelt: der Schaden musste die Folge eines »fortdauernden, typischen und außerordentlichen Risikos« sein. Diese Kriterien sind nicht sehr bestimmt, sie können als Variable betrachtet werden[148]. Wenn daher der Schaden durch ein sehr typisches Risiko eines Unternehmens oder einer Sache verursacht wird, muss das Risiko nicht entsprechend typisch oder außerordentlich für das Opfer sein und umgekehrt.

2/103 Unabhängig von ihrer Einstellung zum Charakter der Kriterien haben die Gerichte auch andere Punkte in Betracht gezogen. Es herrscht Einigkeit darüber, dass die wichtigste Frage darin besteht zu entscheiden, »wer am ehesten das Risiko tragen soll«, eine Frage, die zu verschiedenen Überlegungen Anlass gibt. Unter diesen figuriert die Idee, dass derjenige, der Nutzen zieht, auch die Konsequenzen zu tragen hat (»cuius commodum eius periculum est«); die Frage, ob es der vermeint-

145 Siehe zB die zitierten Fälle in Rt. 1866, 735 und Rt. 1874, 175.

146 *N. Gjelsvik,* Om skadeserstatning for retmæssige Handlinger efter norsk Ret (1897). Für einen Überblick über die weitere Entwicklung siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 253 f.

147 Die erste in Rt. 1905, 715, gefolgt von Rt. 1909, 851, Rt. 1916, 9 und Rt. 1931, 262.

148 Ob die Kriterien kumulativ notwendige Voraussetzungen bilden oder nur Richtlinien darstellen, wird unter führenden Gelehrten seit langem diskutiert.

lich verantwortlichen Partei zumutbar war, eine Versicherung abzuschließen; Analogien zu Enteignungsvorschriften; das Vorliegen eines technischen Defekts, und letztlich Erwägungen, was unter den konkreten Umständen des Falles vernünftig erscheint. Eine interessante Beobachtung ergibt, dass die norwegische Lösung für gefährliche Tätigkeiten die Probleme eliminiert, die diesbezüglich in Basic Questions I für das europäische Recht hervorgehoben werden[149]. Die ziemlich vage norwegische Regelung schafft keine Gefahr von Lücken, die von Richtern nicht gefüllt werden könnten. Solange beträchtlicher Raum gewährt wird, Gewicht darauf zu legen, was vernünftig ist, und solange die Liste der relevanten Argumente praktisch offen bleibt, wird es für einen informierten Richter immer Möglichkeiten geben, eine maßgeschneiderte Lösung zu finden, welche den konkreten Umständen des Falles entspricht. Norwegisches Recht kann in dieser Hinsicht als Produkt einer topischen Methode beschrieben werden[150]: Der Richter verfügt über eine Anzahl grob formulierter Argumente. Innerhalb sehr weitgesteckter Grenzen hat er die Aufgabe, unter Berücksichtigung aller Umstände die beste Entscheidung zu finden, nämlich die bisherigen Fälle strikter Haftung so zu interpretieren, dass die Rechtsordnung in ihrem besten Licht erscheint.

Diese Methode passt sehr gut zum pragmatischen Ansatz, der in vielen As- **2/104**
pekten des norwegischen Privatrechts vorherrscht[151]. Es gibt sehr oft Argumentationsspielraum für eine vernünftige Entscheidung, die gut auf die konkreten Umstände des Falles zugeschnitten ist. Man sollte beachten, dass die Entwicklung auf diesem Rechtsgebiet der Einstellung des Gesetzgebers entspricht. In zahlreichen Gesetzesmaterialien trifft der Gesetzgeber bewusst die Entscheidung, die Weiterentwicklung des Rechts den Gerichten zu übertragen.

Die nichtkodifizierte allgemeine Regel strikter Haftung hat bemerkenswert **2/105**
gut funktioniert, und zahlreiche Fälle haben durch offene und speziell zugeschnittene Argumente der oben beschriebenen Art eine gerechte und faire Lösung erfahren[152]. Dennoch liegt eine Schwäche dieses Ansatzes auf der Hand: es besteht ein Mangel an Vorhersehbarkeit auf diesem Rechtsgebiet, der zu Prozessführung einlädt und Kalkulationsaufgaben der Versicherungswirtschaft erschwert.

Meines Erachtens ist der störendste Effekt der Regel, dass sie zu einer Art Ana- **2/106**
logiedenken auffordert, das nur in eine Richtung geht: Wenn es eine höchstgerichtliche Entscheidung gibt, die für ein bestimmtes typisches Dauerrisiko Haftung verfügt, ist es immer möglich zu argumentieren, dass auch ein ähnliches Risiko Haftung auslösen soll. Solange die Frage lautet, wer das Risiko tragen soll und was in einem konkreten Fall vernünftig ist, erscheint es nur menschlich, dass

149 Basic Questions I Rz 6/146.
150 Vgl *T. Viehweg,* Topik und Jurisprudenz (1974).
151 Siehe oben Rz 2/12 ff.
152 Siehe eine Reihe von Fällen wie Rt. 1905, 716; Rt. 1909, 851; Rt. 1916, 9 und Rt. 1917, 202.

dem Richter das Opfer im vorliegenden Fall leid tut. Man könnte befürchten, dass eine Kette von Präjudizen zu einer immer stärkeren Ausweitung der Haftung führen wird. Das Oberste Gericht hat jedoch in einigen wichtigen Fällen eindrucksvoll Integrität und Selbstverständnis bezüglich seiner Rolle demonstriert, in diesem Rechtsbereich als *de facto-Rechtserzeuger* zu wirken. Das Gericht hat zB einen Raucher abgewiesen, der Schadenersatz für sein Krebsleiden forderte, und Ansprüche von Taucherpionieren, die viele Jahre nach ihren riskanten Tauchversuchen unter Folgeerkrankungen litten[153].

III. Das Zusammenspiel von Zurechnungskriterien

2/107 Das norwegische Schadenersatzrecht anerkennt bis zu einem gewissen Grad ein Zusammenspiel von Zurechnungskriterien. Das wichtigste Beispiel ist das Einstehenmüssen auf Grund »strikter Haftung für schuldhafte Einrichtungen« (»objektivt ansvar for uforsvarlig ordning«), eine Rechtsgrundlage, die unten erklärt werden wird. Wie bereits erwähnt, haben die Gerichte nach norwegischem Recht beträchtlichen Spielraum für Ermessen im und Weiterentwicklung des Schadenersatzrechts. Deshalb können Einzelfälle so entschieden werden, dass sie durch ein Zusammenspiel von normativen Figuren neue Wege eröffnen. So liegt zB die Beweislast ursprünglich beim Kläger, sie wird jedoch manchmal dem Täter auferlegt, um ein vernünftiges Ergebnis zu erzielen[154]. Es gibt auch mehrere Beispiele von Pflichtversicherungssystemen, die mit strikter Haftung gepaart sind[155]. Die Motivation für diese Gesetze liegt in einer Kombination von erkannter Gefahr und erkannter Notwendigkeit, den Schaden zu verteilen.

2/108 Die Gerichte haben in der Vergangenheit ein nichtkodifiziertes Recht strikter Haftung entwickelt, das in den meisten Fällen als klare Alternative zur Verschuldenshaftung betrachtet wird; siehe oben (Rz 2/101 ff) die Beschreibung der strikten Haftung für gefährliche Unternehmen. In einigen besonderen Fällen *kombinieren* die Gerichte allerdings Überlegungen, welche die Gefahr und Risikozuweisung betonen, mit traditionelleren Überlegungen zum Verschulden. Der gemeinsame Aspekt dieser Fälle besteht darin, dass ein bestimmtes gefährliches Objekt oder eine gefährliche Einrichtung existiert, das oder die an sich nicht den Test eines »andauernden, typischen und außergewöhnlichen Risikos« bestehen wird.

153 Siehe Rt. 2003, 1546, besprochen in *B. Askeland,* Norway, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 451–461, 453 f und in Rt. 2009, 1237 (besprochen in *B. Askeland,* Norway, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2009 (2010) 461–474, 467–469.

154 Siehe Rt. 1960, 1201 und Rt. 1972, 1350. Siehe auch *Nygaard,* Skade og ansvar 341 f.

155 Siehe zB Bilansvarslova 3. Februar 1961 (Kfz-Versicherung) und Yrkesskadeforsikringsloven 16. Juni 1989 Nr 65 (Arbeitsunfallversicherung).

Es kann sich dabei um eine Ausstiegsklappe im zweiten Stock eines Restaurants handeln (Rt. 1991, 1303), oder ein Backrohr in einer Gefängniszelle (Rt. 1970, 1152), oder Fenster aus zerbrechlichem Glas im zweiten Stock einer psychiatrischen Anstalt, die einem Patienten den Selbstmord ermöglicht haben (Rt. 2000, 388). Diese Anlagen mögen nicht dauerhaft genug oder gefährlich genug sein, um für sich allein Haftung auszulösen. Doch in Verbindung mit dem Umstand, dass das Risiko durch ganz einfache Vorkehrungen vermeidbar gewesen wäre, sind die Gerichte bereit, den Täter haften zu lassen. Die Ausstiegsklappe im Restaurantboden hätte leicht durch einen geeigneten Verschluss gesichert, und die zerbrechlichen Fenster im zweiten Stock hätten mit mäßigen Kosten durch unzerbrechliche Fenster ersetzt werden können.

Das Oberste Gericht sagt nicht ausdrücklich, dass es eine bestimmte Katego- **2/109**
rie von Haftung zwischen Verschuldenshaftung und strikter Haftung gebe. Die Richter wenden lediglich Argumente konkret auf die Umstände des individuellen Falles an. Ein Gelehrter nennt die Kategorie »strikte Haftung für fahrlässige Einrichtungen«[156]. Die Kategorienbildung und Akzeptanz eines bestimmten Falltypus haben es den Richtern erleichtert, mit einem Zusammenspiel von Pflichtverletzung und Gefährlichkeit zu arbeiten.

Der Umstand, dass strikte Haftung im Wege einer sehr strikten Anwendung **2/110**
der culpa-Regel entwickelt wurde, lässt es logisch und überzeugend erscheinen, dass eine Zwischenkategorie entstanden ist, in der die beiden Zurechnungskriterien vermischt werden. Wenn die Gerichte in manchen Fällen Gründe für strikte Haftung gefunden haben, dann gibt es sicher Gründe für eine Verbindung von strikter Haftung und Verschulden.

Obwohl die Gerichte gewillt sind, Zurechnungskriterien zu vermischen, gibt **2/111**
es im norwegischen Recht bislang keine Spur von Unternehmenshaftung. Auf Grund der Neigung zu Vernünftigkeit und flexiblen Kriterien (dem topischen Ansatz) und der Tendenz, Zurechnungskriterien zu verbinden, kann eine Haftung auf dieser Grundlage nicht ausgeschlossen werden[157]. Produkthaftung wurde durch das Parlament im Produkthaftungsgesetz 1988 eingeführt, um der Produkthaftungsrichtlinie der EU aus 1985 zu entsprechen (obwohl Norwegen damals nicht dazu verpflichtet war). Damit ist das Produkthaftungsgesetz lange vor Norwegens Beitritt zum EWR-Abkommen 1992 erlassen worden. Die Lösungen der Richtlinie haben nicht wirklich den Entwicklungen von Produkthaftungsprinzipien in der damaligen norwegischen Judikatur entsprochen. Haftung für Produkte beruhte

156 *Nygaard,* Skade og ansvar 275–279.

157 Siehe *B. Askeland,* Principles of European tort law og norsk erstatningsrett, in: T. Frantzen/J. Giertsen/G. Cordero Moss (Hrsg), Rett og tolerance, Festskrift til Helge Johan Thue (2007) 24–37, 31 f.

auf der allgemeinen culpa-Regel[158]. Andererseits hat es Fälle strikter Haftung gegeben, die für den Täter härter waren als die Bestimmungen der Richtlinie[159]. Es wurde debattiert, ob die Fälle strikter Haftung der Richtlinie widersprechen, solange diese Richtlinie als totale Harmonisierung des Rechtsbereichs in der EU und im EWR verstanden wird[160].

2/112 In Bezug auf Sachmängel ist zu sagen, dass deren Vorliegen aus verschiedenen Rechtsgründen eine Rolle spielen kann. Ein technischer Defekt kann für sich allein einen wesentlichen Grund für strikte Haftung nach der nichtkodifizierten Regel darstellen. Tatsächlich wird in der Lehre angenommen, dass bei Vorliegen eines technischen Defekts geringere Anforderungen an die Voraussetzung eines typischen und andauernden Risikos zu stellen sind[161]. Dass ein Schaden durch einen Defekt verursacht wurde, ist auch ein Argument für strikte Haftung im Hinblick auf die Präventionswirkung: das Risiko eines derartigen Schadens sollte bei der Partei liegen, die in der Lage ist, Schaden durch ordnungsgemäße Wartung zu vermeiden[162].

IV. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten

2/113 In Norwegen wird die Frage der Mitverantwortlichkeit des Geschädigten in einer Bestimmung des Schadenersatzgesetzes skl. § 5-1 geregelt. Manche Gelehrte haben die Vorstellung betont, dass es sich hierbei eigentlich um eine Vorschrift über die Verantwortlichkeit des Opfers handelt[163]. So wurde in der älteren Literatur hervorgehoben, dass ein Beitrag zum eigenen Schaden nicht als rechtswidrige Handlung gelten könne[164]. Darum war es erforderlich, Verschulden oder eine andere Rechtsgrundlage für die Verantwortlichkeit des Opfers darzutun.

2/114 Gelehrte haben bestimmte Unterschiede zwischen »culpa« des *Täters* und »culpa« des *Opfers* aufgezeigt. Ein wichtiger Unterschied ist, dass der Zweck des Schadensausgleichs manchmal den Richter veranlasst zu entscheiden, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat, während der Ausgleichszweck nicht dieselbe Stärke zeigt, wenn der Schaden ins Spiel kommt, den der Geschädigte sich selbst

158 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 467 mit Hinweisen auf Fälle wie Rt. 1973,1153.
159 Rt. 1992, 64 und Rt. 1993, 1201.
160 Siehe den Überblick über die Debatte in *Nygaard,* Skade og ansvar 456.
161 *Nygaard,* Skade og ansvar 273.
162 Siehe die Argumentation in Rt. 1972,109 und die Erläuterung des Präventionszwecks der Norm in *Nygaard,* Skade og ansvar 259.
163 *Stang,* Skade voldt av flere (1918) 167 und 218–223; *Nygaard,* Skade og ansvar 386 f.
164 *Stang,* Skade voldt av flere 166 f.

zugefügt hat (durch seinen Beitrag zum schädigenden Ereignis)[165]. Zudem nimmt *Nygaard* an, die Reaktionsschwelle zur Schadensvermeidung liege beim Opfer etwas höher als beim Täter[166]. Die Reduktion mag auch gerechtfertigt erscheinen, wenn bewiesen wird, dass der Schaden zum Teil durch eine gefährliche Sache oder Anlage in der Sphäre des Opfers verursacht wurde[167]. Das kann als Gegenstück zur strikten Haftung verstanden werden.

Der Rechtssatz bestimmt überdies, dass das Opfer oder eine Sache in seiner Sphäre eine *Ursache* des Schadens gewesen sein muss. Sobald ein Beitrag zum Schaden durch eine Handlung oder einen Umstand, der den Haftungsvoraussetzungen (Verschulden oder strikte Haftung) entspricht, bewiesen wird, kann der Richter die Ersatzleistung entsprechend reduzieren. Der Wortlaut erlaubt eine Ermessensentscheidung des Richters, doch die Gerichtspraxis lässt erkennen, dass die Reduktion vorgenommen wird, wenn im konkreten Fall die oben erwähnten Elemente der Richtlinien vorliegen[168]. **2/115**

Die Regel lautet also, dass dann, wenn das Opfer in schuldhafter Weise zum Schaden beigetragen hat, der Anspruch im Verhältnis zum Grad oder zur Qualität des Beitrags zur Verursachung sowie zum Grad des Verschuldens reduziert werden solle. Die Bestimmung erlaubt auch, dass »andere Umstände« (»forholdene ellers«) in Betracht gezogen werden. Zumindest formell hat der Richter Ermessen, ob er den Anspruch überhaupt reduzieren will. **2/116**

Das konkrete Ermessen, das in der Bestimmung angesprochen wird, scheint alle Versuche unterbunden zu haben, Theorien wie etwa die Gleichbehandlungstheorie aufzustellen, obwohl Elemente einer solchen Theorie am Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts entwickelt wurden[169]. Auftretende Fragen werden als Angelegenheit der Auslegung der Gesetzesbestimmung behandelt. Es wird auch angemerkt, dass die Zielsetzung, einen Schaden zu beheben, nicht in ähnlicher Weise Druck auf das Opfer ausübt, wie auf mögliche Täter[170]. Ansonsten sind keine Spuren allgemeiner Differenzierungstheorien bemerkbar. **2/117**

Man sollte allerdings beachten, dass die Gesetzesbestimmung erlaubt, Gewicht auf den Umstand zu legen, dass der Täter die Möglichkeit der Versicherung hatte[171]. Die Versicherungsmöglichkeit auf Seiten des Opfers wird nicht erwähnt, und die Judikatur hat deshalb diesen Punkt nur mit Vorsicht angesprochen. Das wichtige Prinzip, vollen Ersatz zu gewähren und folglich die Ersatzleistung nicht **2/118**

165 *Nygaard,* Skade og ansvar 315.
166 *Nygaard,* Skade og ansvar 388.
167 Siehe den Wortlaut »eller forhold«, skl. § 5-1 Nr 3.
168 Vgl *P. Lødrup,* Lærebok i erstatningsrett (2009) 417.
169 *Stang,* Erstatningsansvar (1927) 156.
170 *Nygaard,* Skade og ansvar 315.
171 Siehe »forholdene ellers«, skl. § 5-1 (1) und die Materialien, siehe NOU 1977: 33 Om endringer i skadeserstatningsloven 38.

weiter zu reduzieren, als durch gute Gründe nahegelegt wird, mag hier eine Rolle spielen. Man kann auch feststellen, dass die Materialien erwähnen, man dürfe die *sozialen Bedürfnisse* des Opfers berücksichtigen, entweder unter dem Stichwort »Ausmaß des Schadens« oder unter »andere Umstände«. In der Judikatur hat dies zu bescheidenen Reduktionen im Schadenersatz für Personenschäden geführt, insbesondere wenn es sich um junge Opfer gehandelt hat. Bei dieser Rechtsanwendung legt das Gericht Gewicht sowohl auf die schwache Finanzlage des Opfers als auch auf dessen Jugend[172]. Die relativ »gütige Atmosphäre« in norwegischen Gerichten lässt Richter davon Abstand nehmen, vollen Schadenersatz an junge Opfer zu verweigern, deren Leben durch einen Unfall zerstört worden ist. Eine solche Praxis wird vor allem in Kraftfahrzeugversicherungsfällen deutlich. Anwälte, die in Schadenersatzfällen tätig sind, bemerken allerdings übereinstimmend, dass solche Überlegungen auch bei der Anwendung der allgemeinen Reduktionsregel vorkommen können (skl. § 5-1)[173]. In solchen Fällen gibt es echte Unterschiede in der Behandlung von Täter und Opfer entsprechend ihrem Verschulden und ihrem Beitrag zum Schaden[174].

V. Reduktion auf der Grundlage des Gehilfenverhaltens

2/119 Die Gleichstellungsthese führt zu einem Mechanismus, der A für etwas zahlen lässt, das B getan hat, entweder im Wege der Haftung (typischerweise Dienstgeberhaftung) oder im Wege einer Anspruchsminderung auf Grund einer Verbindung zu einem anderen, der zur Unrechtstat beiträgt (Zurechnung von Mitverschulden). Die Gleichstellungsthese ist nützlich, wenn der Mechanismus auf Seiten des Täters mit dem entsprechenden Mechanismus auf Seiten des Opfers verglichen wird.

2/120 In der norwegischen und nordischen Lehre bietet die Gleichbehandlungsthese eine Art theoretischer Richtlinie für Fragen der Zurechnung von Mitverschulden, sie ist jedoch in keiner Weise entscheidend. Die Gleichbehandlungsthese behauptet, dass Gleichstellung auf der Täterseite ebenso funktioniert wie

172 Siehe zB Rt. 2005, 1737, wo das Gericht betonte, das Leben des Opfers sei durch den Unfall »zerstört« worden.

173 Siehe zB *Nygaard,* Skade og ansvar 392 f.

174 Der Unterschied ist jüngst in einer Abhandlung hervorgehoben worden, siehe *B. Askeland,* Rettferdighetsideer i personskadeerstatningsretten, in: A. Syse/K. Lilleholt/F. Zimmer (Hrsg), Festskrift til Asbjørn Kjønstad (2013) 17–34.

auf der Opferseite. Einige Gelehrte haben früher eine solche Lehre vertreten, doch die nordische Version scheint dahin zu gehen, dass man die »Gleichstellung« auf der Opferseite mindestens so weit erstrecken muss wie dies auf der Täterseite der Fall ist[175].

Zugleich muss die Frage der Zurechnung von Mitverschulden durch eine Prüfung der konkreten Umstände des Falles und der speziell zutreffenden Argumente gelöst werden. Dieser Ansatz lässt dem Richter auch Raum, sowohl für Rechtserzeugung als auch für Ermessensübung. **2/121**

Die Frage, ob die Ersatzleistung an den Geschäftsherrn reduziert werden soll, wird im Schadenersatzgesetz skl. § 5-1 (3) völlig offengelassen. Der Wortlaut sagt, der Richter könne die Ersatzleistung auf Grund der fahrlässigen Mitwirkung des Gehilfen am schädlichen Ereignis reduzieren. In den Gesetzesmaterialien wird auf die in Judikatur und Lehre entwickelten Gleichstellungsregeln verwiesen. Die Lehre sagt, Gleichstellung auf der Klägerseite sollte zumindest ebenso weit gehen wie in Fällen, in denen der Geschäftsherr haftet, typischerweise bei der Dienstgeberhaftung (respondeat superior). Gelehrte haben empfohlen, eine weiterreichende Wirkung der Gleichstellungsthese auf der Klägerseite damit zu rechtfertigen, dass der Geschäftsherr seinem Gehilfen seine Sachen, Person und Vermögen anvertraut habe[176]. Damit habe er bewusst den Gehilfen in sein Risiko einbezogen, den Wert der anvertrauten Sache zu verlieren[177]. Die Folgen des Vertrauensaktes seien vorhersehbar. Umgekehrt, wenn ein Geschäftsherr einen Gehilfen für eine Tätigkeit in seinem Interesse auswähle, könnten der Schaden und die entsprechende finanzielle Verantwortlichkeit sehr hoch, fast unbegrenzt sein. Es gibt keine fixe Obergrenze wie in der Situation, in welcher der Geschäftsherr Kläger ist und die ihm zugesprochene Ersatzleistung wegen Fahrlässigkeit seines Gehilfen reduziert werden kann[178]. Das spricht gegen eine breite Gleichstellung in einer Weise, wie diese auf Seiten des Opfers und seiner Gehilfen nicht relevant wird. **2/122**

Die Haftung für fahrlässige Handlungen eines anderen ist in Norwegen etwas breiter als dies in Deutschland und Österreich der Fall zu sein scheint. Es gibt strikte Haftung für Schaden, den ein Dienstnehmer im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses fahrlässig zugefügt hat. Es gibt Haftung kraft Identifikation unabhängig davon, ob ein Vertrag oder eine besondere Beziehung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Opfer besteht. Dementsprechend gibt es beträchtlichen **2/123**

---

175 Siehe *Stang,* Skade voldt av flere 295 ff; *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 309 mit weiteren Hinweisen.

176 *V. Hagstrøm,* Læren om yrkesrisiko og passiv identifikasjon i lys av nyere lovgivning, in: T. Falkanger (Hrsg), Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus (1988) 191–202, 200.

177 *Askeland,* Erstatingsrettslig identifikasjon 310 f und 321 f.

178 Dieser Punkt wird besonders in der schwedischen Lehre betont, siehe *A. Adlercreutz,* Några synspunkter på s.k. passiv identifikation i skadeståndsrätten, in: F. Lejman et al (Hrsg), Festskrift til Karl Olivecrona (1966) 32. Siehe auch *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 311 f.

Spielraum für Reduktion auf der Grundlage zugerechneten Mitverschuldens. Eine solche Identifikation ist unbestritten in Fällen von Sachschaden oder reinem Vermögensschaden[179].

2/124 In Personenschadensfällen ist allerdings der Spielraum für Gleichstellung viel geringer. Es besteht eine lange Tradition, Ersatzleistungen für Personenschaden *nicht* wegen Mitverschuldens zu reduzieren[180]. Dasselbe gilt für die Frage der Reduktion der Leistung an abhängige Angehörige, wenn der Familienerhalter fahrlässig zu seinem eigenen Tod beigetragen hat. Der Grund dafür liegt in sozialen Erwägungen[181]: der Rechtserzeuger will sicherstellen, dass die Kläger ausreichenden Ersatz erhalten, um einen anständigen Lebensstandard aufrechterhalten zu können. Natürlich werden die Sozialversicherungsleistungen die Grundbedürfnisse von Kindern und abhängigen Ehepartnern decken, doch die Idee besteht darin, den Täter zusätzlich zu diesen Leistungen zahlen zu lassen, sodass die nächsten Angehörigen trotz des Beitrags ihres Verwandten zum Schaden so gut wie möglich versorgt sind. In den Materialien wird sogar betont, dass die Hauptregel lauten sollte, dass es *keine Identifikation* zwischen den Angehörigen und dem verstorbenen Familienerhalter gebe[182]. Bezüglich eines Sachschadens ist die Tendenz zur Identifikationslösung stärker. Man kann sagen, die Hauptregel laute umgekehrt: das fahrlässige Verhalten einer Hilfsperson bewirkt im Allgemeinen eine Reduktion des Anspruchs. Für diese Art von Schaden scheint die norwegische Auffassung dem Ansatz im deutschen Rechtskreis ähnlich zu sein: Identifikation, soweit die Hilfsperson zum Schaden beigetragen hat.

2/125 Es ist ein interessanter Punkt in der obigen Beschreibung, dass soziale Erwägungen eine wesentliche Rolle bei der Anwendung von Regeln zur Reduktion des Schadenersatzes zu spielen scheinen. Solche Erwägungen sprechen gegen eine Identifikation, die zur Reduktion des Schadenersatzes führt. Die zugrundeliegende Abwägung entspricht den Werten, die das spezielle System des Schadensausgleichs ausmachen, das als »nordisches Modell« bekannt ist. Diese Orientierung ist stark von den Ideen der Verteilungsgerechtigkeit beeinflusst. In verschiedenen Zusammenhängen tritt ein sehr pragmatischer Zug zutage: Wenn ein Schadenstyp typischerweise durch Versicherung gedeckt wird, besteht eine deutliche Neigung, keine Reduktion vorzunehmen.[183] Diese Einstellung ist nicht nur eine Eigenschaft des norwegischen Schadenersatzrechts, sondern auch des schwedischen Rechts. Tatsächlich ist das schwedische Recht noch weniger geneigt

179 Siehe dazu *Askeland,* erstatningsrettslig identifikasjon 305–394.
180 Siehe *Andenæs,* TfR (1943) 361 ff; *Askeland,* Erstatningsrettslig identifikasjon 394–396, 414–416.
181 Dasselbe rechtspolitische Argument, das oben erwähnt wurde, wird auch in dieser Konstellation wirksam.
182 Siehe Innstilling til Odelstinget (Innst. O.) Nr 92 (1984–85) 7.
183 Siehe zB die Materialien zur Regel über die Zurechnung von Mitverschulden, § 5-1 Nr 1 und 3, Innst. O Nr 4 (1984–85) 7.

als das norwegische, Schadenersatz zu reduzieren, ein Umstand, der in der norwegischen Diskussion des Themas hervorgehoben worden ist[184].

184 *B. Askeland,* Rettferdighetsideer i norsk personskadeerstatningsrett, in: K. Ketscher/K. Lilleholt/E. Smith/A. Syse (Hrsg), Velferd og rettferd, Festskrift til Asbjørn Kjønstad (2013) 17–34, 29–33.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

I. Einleitung

2/126 Die norwegische Schadenersatzlehre konzentriert sich auf den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Täters und dem Schaden. Wie im deutschen Rechtskreis besteht die Notwendigkeit einer gewissen Begrenzung der kausalen Folgen, für die der Täter Schadenersatz zahlen soll[185]. Im Allgemeinen bilden die Äquivalenztheorie und der conditio sine qua non-Test den Ausgangspunkt und ersten Schritt in einem »zweistufigen Verfahren«. Der zweite Schritt wird von einigen Gelehrten »Begrenzung der Kausalität« genannt, was der Terminologie in Basic Questions I entspricht[186]. Der zweite Schritt ist allerdings einigermaßen verwirrend, denn er besteht aus zwei verschiedenen Ansätzen, die gelegentlich zusammenspielen. Der erste ist ein Test, ob eine Bedingung, die als conditio sine qua non in Frage kommt, so unwesentlich ist, dass sie ignoriert werden soll. Der zweite ist die Frage, ob eine Folge der schädigenden Handlung zu weit entfernt ist. Beide Tests erfolgen im selben Fall, und je nach den konkreten Umständen betreffen sie manchmal dieselben Tatsachen, was ein unsauberes Bild ergeben kann. Man kann vielleicht klärend bemerken, dass die zwei Ansätze alternative Rechtfertigungen einer Zurechnungsbegrenzung bieten, die auf den Kausalbeziehungen des Falles beruhen.

2/127 Das norwegische Modell der Begrenzung besteht darin, die Zurechnung in einer normativen und – offen gesagt – ziemlich arbiträren Weise zu beschränken. Der Adäquanztest besteht aus einigen Punkten, die von Fall zu Fall variabel gewichtet werden. Sie berücksichtigen Werte, Effizienz und allgemeine Überlegungen, wie das von einer Handlung oder einem Verhalten ausgehende Risiko zwischen Täter und Kläger verteilt werden sollte.

II. Die Voraussetzungen der Adäquanz

2/128 Die Regeln und Prinzipien des norwegischen Rechts zur Adäquanz haben in einem gewissen Ausmaß denselben Inhalt wie im österreichischen Recht. Allerdings fehlen einige wichtige Themen, oder sie sind in Lehre und Judikatur nicht

185 *Nygaard,* Skade og ansvar (2007) 352.
186 *Nygaard,* Skade og ansvar 352 ff; vgl Basic Questions I Rz 7/5.

näher entwickelt worden. Besonders bedeutsam erscheint, dass der Gedanke, der *Schutzzweck der Norm* setze Grenzen adäquater Verursachung, zwar anzutreffen ist, doch keineswegs in so dominanter Stellung wie im deutschen Rechtskreis[187]. Auch andere kontinentaleuropäische Gedanken finden in der norwegischen Lehre nur schwachen oder überhaupt keinen Widerhall.

Die Grundvoraussetzungen von Adäquanz sind, dass der eingetretene Schaden vorhersehbar *und* ausreichend eng mit den Interessen des Klägers verknüpft war[188]. Das zweite Kriterium wird hauptsächlich dann angewandt, wenn der Schaden bei einem Dritten eingetreten ist, wie etwa in den Kabel-Fällen[189]. In solchen Fällen ist die entscheidende Frage, ob das geschädigte Interesse des Opfers ausreichend »konkret und nahe« an der beschädigten Sache war[190]. **2/129**

Die Grenzen der Adäquanz werden weiter gezogen, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde. Diese Auffassung findet Unterstützung in der älteren Literatur[191]. In der Folge haben jedoch führende Gelehrte gegen sie argumentiert[192]. In der Judikatur wird sie allerdings akzeptiert. Auch ein Vorliegen von grober Fahrlässigkeit bildet einen Grund, selbst weit entfernte Schäden ersetzen zu lassen[193]. Wenn es zu strikter Haftung kommt, gibt es keine klare Lehre bezüglich eines weiteren Rahmens von Adäquanz. Der Fall in Rt. 2006, 690 kann allerdings als Hinweis auf ein solches Prinzip verstanden werden: zwei Züge sind zusammengestoßen, und die Ladung des einen Zuges ist ausgeflossen und hat eine unmittelbare Explosionsgefahr bewirkt. Zahlreiche Geschäfte und Büros in der nahegelegenen Stadt Lillestrøm mussten geschlossen und auf mehrere Tage evakuiert werden. Das Gericht betonte, dass der Schaden durch einen typischen Unfall verursacht wurde, der durch strikte Eisenbahnhaftung gedeckt werden sollte, und argumentierte implizit, dass die Haftung deshalb extensiv sein und sich auch auf entfernte Wirkungen erstrecken sollte, wie auf die Kosten der Evakuierung wegen drohender Explosionsgefahr. Der Umstand, dass strikte Haftung im norwegischen Recht durch strenge Anwendung der culpa-Regel entwickelt wurde, mag als Rechtfertigung dafür dienen, dass der Rahmen der Adäquanz in Fällen strikter Haftung weiter gezogen wird als in Fällen von Verschuldenshaftung. **2/130**

---

187 Siehe dazu *Koch,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen 115–122 (über Schutzzwecklehre und nordisches Recht). Siehe auch *H. Andersson,* Skyddsändamål och adekvans (1993).

188 Ein wichtiger Fall ist Rt. 1973, 1268.

189 Siehe unten Rz 2/136 und 149; Rt. 1955, 849 und Rt. 1973, 1268.

190 Rt. 1955, 849: Ein Schiff ist vor Anker gegangen und hat dabei ein Kabel beschädigt, wodurch eine Fabrik den elektrischen Strom verlor und die Produktion unterbrechen musste. Das Interesse der Fabrik wurde als genügend konkret und genügend eng mit der Beschädigung des Kabels verbunden erachtet.

191 *O. Platou,* Privatrettens almindelige del (1914) 620 f.

192 *Stang,* Erstatningsansvar (1927) 380.

193 Rt. 1960, 359 und Rt. 1973, 1268.

III. Unterschiede zwischen dem deutschen Rechtskreis und norwegischem Recht bezüglich der Adäquanz

2/131 Im norwegischen Recht wird, wie erwähnt, der Schutzzweck einer Norm nicht als besondere Lehre der Schadenersatzbegrenzung anerkannt. Natürlich ist teleologische Interpretation Teil der allgemeinen Auslegungslehre für gesetzliche Vorschriften, doch wird diese Auslegung im Schadenersatzrecht nicht häufig angewendet. Die profunden Ideen des deutschen und österreichischen Ansatzes treten freilich von Zeit zu Zeit in der breiten und etwas undeutlichen Lehre von der Adäquanz in Erscheinung. Der Gedanke, dass das Opfer durch die vorliegende Rechtsvorschrift geschützt werden soll, ist mit der Frage verknüpft, wie sich das Gesetzesrecht auf die culpa-Regel auswirkt. Nach herrschender Lehre definiert die gesetzliche Vorschrift die Sorgfaltspflicht lediglich dann, wenn die Vorschrift zum Schutz des Opfers erlassen wurde[194].

2/132 In anderen Fällen spielt der Gesetzeszweck eine Rolle für die genauere Festlegung von Grenzen der Adäquanz. In Rt. 1992, 453, einem Fall von Amtshaftung für mangelnde Überprüfung importierter Fische, die zu Fischkrankheiten und Folgeschäden für Fischzüchter führte, wurde der Zweck des Gesetzes zur Fischkrankheitsbekämpfung in die Argumentation eingebracht, jedoch nicht als entscheidender Aspekt[195].

2/133 Da es keinen theoretischen Bezugsrahmen und keine entwickelte Lehre vom Schutzzweck der Norm gibt, tauchen einzelne Elemente der Idee je nach richterlichem Ermessen innerhalb von Adäquanzüberlegungen auf (oder auch nicht). Das entspricht der Philosophie, dem Richter große Flexibilität einzuräumen. Auf diese Weise ist die Wahrscheinlichkeit hoch, vernünftige Entscheidungen zu erzielen, doch könnte mit der Anwendung von Adäquanztests ein Mangel an Vorhersehbarkeit verbunden sein, was auch von Gelehrten kritisiert worden ist[196].

2/134 Der Gedanke eines rechtmäßigen Alternativverhaltens ist im norwegischen Recht nicht theoretisch entwickelt worden. Einige Beispiele, wie das des betrunkenen Radfahrers (Basic Questions I Rz 7/22), würden wahrscheinlich unter Heranziehung allgemeiner Kausalitätserwägungen gelöst.

194 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 203 f, unter Bezugnahme auf Rt. 1984, 466 und Rt. 1957, 590. Siehe auch *Hagstrøm,* Culpanormen (1985) 54 ff.

195 Zur impliziten Anwendung der Schutzzwecklehre in diesem Fall siehe *Koch,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen 77–81.

196 Zur Kritik siehe *Nygaard,* Skade og ansvar 354.

IV. Das Problem unverhältnismäßiger Spitzenschäden

Im norwegischen Recht besteht eines der Probleme, das mit der Frage adäquater Verursachung verbunden ist, darin, die Auswirkungen dahingehend abzuschätzen, ob sie unverhältnismäßig hoch sind und ruinöse Folgen für einen Täter haben könnten, der nur über beschränkte Ressourcen zur Schadensgutmachung verfügt. Früher wurde dieses Thema unter dem Stichwort Adäquanz behandelt, am deutlichsten in einem obiter dictum in Rt. 1955, 1132. Der Fall handelte von einer Wette bei einem Buchmacher, der den Wettschein nicht einsandte und damit den Kunden um den Gewinn brachte, den er erlangt hätte, wenn der Buchmacher sorgfältig verfahren wäre. Der Gewinn war bescheiden, etwa NOK 3.000 (ca € 360,–), und das Gericht ließ anklingen, dass es vielleicht anders erwogen hätte, wäre es um eine höhere Summe gegangen; es dachte dabei implizit an eine Begrenzung auf der Grundlage von Adäquanz. **2/135**

Eine konsequente Vorgangsweise wurde vom Obersten Gericht im berühmten Kabel-Fall Rt. 1973, 1268 gewählt, als ein Flugzeug in ein Stromkabel stürzte und einen Stromausfall für eine große Zahl von Elektrizitätsnutzern bewirkte. Der Kläger war ein Fischzüchter, der auf Grund des Stromausfalles einen Schaden erlitt, da eine große Zahl junger Fische starb, weil das Wasser nicht warm genug war. Bezüglich der Klage gegen den Eigentümer des Flugzeugs, den Staat, befand das Oberste Gericht, dass das Risiko in Kabelfällen, von einer Klageflut ruiniert zu werden, für eine Begrenzung des Kreises ersatzfähiger Schäden sprechen sollte. Das war eines der wenigen Argumente zugunsten der Entscheidung, dem Fischzüchter keinen Ersatz zuzusprechen. **2/136**

Später hat sich eine Debatte darüber ergeben, ob die Begrenzung auf Grund von Spitzenschäden noch Gültigkeit hat, seit im norwegischen Recht durch Gesetz eine generelle Reduktionsklausel eingeführt worden ist. Einige Gelehrte meinen, die Argumentation der Entscheidung aus 1973 sei nicht mehr gültig[197]. Andere meinen, die flexible Grenze der Adäquanz habe selbständige Bedeutung und die Begrenzung könne nicht dadurch verändert werden, dass andere Bestimmungen dieselben Elemente berühren[198]. Diese Debatte wird unten bei der Beschreibung der Anwendung der Reduktionsklausel berücksichtigt werden. **2/137**

197 *Nygaard,* Skade og ansvar 370.

198 *B. Askeland,* Konkret og nærliggende interesse som avgrensingskriterium ved tredjemannsskader, Jussens venner (2001) 303–318, 312 f.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Der Gedanke des »vollen Ersatzes«

2/138 Norwegisches Recht sieht in der Regel »vollen Schadenersatz« vor. Die Regel gilt allgemein und ist nicht kodifiziert, mit Ausnahme einiger Vorschriften in besonderen Bereichen[199]. Aber auch diese Vorschriften müssen im Licht der allgemeinen Regel interpretiert werden, die vollen Ersatz vorsieht.

2/139 Der Gedanke, die Höhe oder den Betrag der Kompensation vom Grad des Verschuldens abhängen zu lassen, wurde im frühen 20. Jahrhundert in profunden theoretischen Abhandlungen vertreten[200]. Er wurde jedoch von den führenden Gelehrten abgelehnt[201]. Die norwegische Rechtswissenschaft hat seither auf der klaren Voraussetzung voller Ersatzleistung als Hauptregel aufgebaut.

2/140 Bezüglich Sachbeschädigung und reinem Vermögensschaden kann diese Regel wörtlich verstanden werden, sie umfasst »damnum emergens« und »lucrum cessans«. Kommt es allerdings zur Bemessung von Schadenersatz und Kompensation für Personenschaden, wird die Regel ziemlich restriktiv interpretiert. So haben die Gerichte Auslegungen vorgenommen, die andere Themen einschließen, etwa dass nur »vernünftige und notwendige« (»rimelig og nødvendig«) Kosten erlangt werden können[202]. Oder dass einem schwerverletzten Opfer, das fortan einen Rollstuhl benützen musste, ermöglicht werden sollte, ein Leben zu führen, das »so erfüllt wie möglich« (»så fullverdig liv som det er mulig«)[203] sein sollte. So spielen normative Komponenten eine Rolle, wenn Gerichte die Höhe des Ersatzes bestimmen. In Wahrheit ist es immens teuer, einer verletzten Person jenen Ersatz zu verschaffen, der ihr auch nur annähernd die Führung eines Lebens wie vor dem Unfall erlauben würde. Daher muss die Regel von »vollem Ersatz« so interpretiert werden, dass ein machbarer Kompromiss zwischen dem Täter (und der Versicherungswirtschaft) einerseits und dem Opfer andererseits erzielt wird.

---

199 Skl. § 4-1.

200 *Platou,* Privatrettens almindelige del 620 f und *G. Astrup Hoel,* Risiko og ansvar (1929) 213–218. Letzterer verknüpfte den Gedanken mit der Idee von Anteilshaftung für Situationen, in denen mehr als ein Täter verantwortlich war, und bot derart eine Alternative zur Solidarhaftung.

201 *Stang,* Erstatningsansvar 370–382, 379.

202 Siehe zB Rt. 1999, 1967.

203 Siehe zB Rt. 1996, 967.

II. Kapitalabfindung als Regel

Die Hauptregel lautet, dass Schadenersatz als Kapitalabfindung gewährt werden soll[204]. Der Grund dafür liegt in der allgemeinen Erwägung, dass der Fall erledigt werden soll, damit die Parteien ihr Leben weiterführen können[205]. Nur wo besondere Umstände (»særlige grunner«) vorliegen, kann der Richter periodische Zahlungen vorschreiben. Diese Variante ist besonders sinnvoll, wenn das Opfer an einer lebensbedrohenden Schädigung leidet. Das bedeutet, dass der Täter nicht länger Ersatz leisten muss, als das Opfer tatsächlich lebt[206]. Die Regelung des norwegischen Rechts sieht vor, dass Einkommensverluste nach dem Tod des Opfers nicht ersetzt werden sollen, auch wenn der verantwortliche Täter den Tod verursacht hat[207]. **2/141**

Die Lösung einer einmaligen Kapitalabfindung kann mit rationalen Argumenten in Frage gestellt werden, die darauf hinweisen, dass die Bemessung von Schadenersatz ganz falsch sein kann, wenn zB das Opfer kurz nach Abschluss eines Vergleichs stirbt. Die norwegische Tradition der Kapitalabfindung ist jedoch diesbezüglich sehr stark. Wann immer die Frage in den Materialien erörtert worden ist, waren die Gegenargumente breit gefächert und wurden als überzeugender empfunden. In solchen Argumenten wurde etwa vorgebracht, es könnte schwierig sein, den Wert der Ersatzleistungen gegen Währungsschwankungen abzusichern, und dass eine jährliche Zahlung Verwaltungskosten verursachen könnte, die ansonsten vermeidbar wären[208]. Zusätzlich wurde natürlich das naheliegende Argument gebraucht, dass der Täter zu einem späteren Zeitpunkt tot oder insolvent sein könnte. Rückblickend erscheinen einige der gegen periodische Zahlungen verwendeten Argumente heute nicht mehr überzeugend. Es ist eine Tatsache, dass die meisten Ersatzzahlungen für Personenschaden durch Versicherung gedeckt sind. Versicherungsunternehmen haben die Mittel und die Fähigkeit, von einer Finanzinstitution Annuitätszahlungen zu erwerben. Ein solches System ist in Schweden gut entwickelt, wo in Personenschadensfällen periodische Zahlungen den Regelfall darstellen. Überdies kann heutzutage die Frage der Wertsicherung der Zahlung durch Anwendung der weithin gebräuchlichen Geldeinheit G[209] **2/142**

---

204 Siehe die allgemeine Regel skl. § 3-9.

205 Das wird in den Materialien deutlich zum Ausdruck gebracht, siehe NOU 1987: 4 und Odelsetingsproposisjon (Ot. prp.) Nr 81 (1987–88) 32. Die Regel wird im neuen Entwurf über standardisierte Ersatzleistungen für Personenverletzungen beibehalten, siehe NOU 2011: 16.

206 Vgl dasselbe »Lebensdauer«-Argument in Basic Questions I Rz 8/23.

207 *P. Lødrup,* Personskadekrav hvor skadelidte ikke kan gjøre seg nytte av kompensasjonen pga. død eller andre forhold, in: Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1985) 573–585, 578, 581. Siehe auch implizit Rt. 2006, 684.

208 Siehe Ot. prp. Nr 81 (1986–87) 37.

209 »G« bedeutet (wie oben erwähnt) »sfolketrygdens grunnbeløp«. Ein G entspricht derzeit NOK 85,245 (ca € 10,000,–). G ist der »Grundbetrag« im norwegischen staatlichen Versiche-

gelöst werden. Der Wert von G wird jährlich im Lichte des norwegischen Lohn- und Preisniveaus bestimmt.

2/143 2011 wurde ein neuer Entwurf bezüglich standardisierter Ersatzleistungen für Personenverletzungen ausgearbeitet[210]. Der Ausschuss hatte eine gute Gelegenheit, die Annuitätenlösung zu erörtern. Obwohl es, wie oben erwähnt, gute Gründe für diese Lösung geben mag, hat sich der Ausschuss entschlossen, die bestehende Regelung mit Kapitalabfindung beizubehalten. Ein wichtiger Grund für diesen Entschluss war der Umstand, dass die Kapitalabfindung dem Gedanken der Standardisierung entspricht. Solange Ersatz für Verletzungen auf Grund fixer G-Beträge in Schadenstabellen erfolgt, ist es eine logische Konsequenz des Systems, dass der Täter den Schadenersatz durch einmalige Leistung bezahlt[211].

2/144 Es hat auch eine Rolle gespielt, dass der Ausschuss in der Bestellungsurkunde ermutigt wurde, das dänische Ersatzsystem für Personenschäden – das Kapitalabfindungslösungen bevorzugt – als Modell zu verwenden[212]. Überdies war der Umstand, dass das Opfer für den Schadenersatzbetrag Steuer zahlen muss, wenn dieser als Annuität gezahlt wird, ein gewichtiges Argument dafür, die Kapitalabfindung zu wählen. Insgesamt erschien es dem Ausschuss im Zusammenhang mit der Standardisierung als beste Lösung, sich für die Kapitalabfindung zu entscheiden.

III. Minderung der Ersatzpflicht

2/145 Im norwegischen Recht besteht eine Reduktionsklausel für alle Deliktsfälle, siehe norwegisches Schadenersatzgesetz (NCA) § 5-2. Die Bestimmung besagt im Wesentlichen, dass in jedem Fall, in dem die Last der Ersatzleistung an den Kläger »unvernünftig« erscheint, der Betrag entsprechend reduziert werden soll.

2/146 Hauptzweck der Vorschrift scheint zu sein, unter ganz außergewöhnlichen Umständen für den Täter ein Sicherheitsventil bereitzuhalten. Die Gesetzesmaterialien erwähnen, dass die Sorge um den Deliktstäter ein wichtiger Beweggrund für den Gesetzgeber gewesen ist. Die Materialien betonen auch, dass es Reduktionsklauseln für Teilbereiche des Schadenersatzrechts gebe, und man deshalb eine allgemeine Reduktionsklausel formulieren sollte, um die Konsistenz des Rechts zu sichern[213].

---

rungssystem. Er wird jährlich vom Staat festgesetzt, um staatliche Versicherungsleistungen der Inflation anzupassen (wie ebenfalls oben in FN 13 erläutert).

210 NOU 2011: 16 Standardisert personskadeerstatning.

211 NOU 2011: 16, 76.

212 NOU 2011: 16, Kapitel 4.9.4.

213 Siehe Ot. prp Nr 75 (1983–84) 65.

Was weitere Erwägungen des Gesetzgebers bezüglich der Reduktionsklausel betrifft, so unterscheiden sich diese von denjenigen, die *Canaris* und *Bydlinski* befürworten, und sind stärker pragmatisch orientiert[214]. Eine Argumentation, die auf Haftungsgründen beruht *(Bydlinski),* scheint in norwegischen Überlegungen in den Materialien, im Fallrecht und in theoretischen Kommentaren ein Äquivalent zu finden. Bei mehreren Gelegenheiten nimmt man auf die Tatsache Bezug, dass eine Reduktion dann weniger gerechtfertigt erscheint, wenn auf Seiten des Beklagten eine Versicherung oder die Möglichkeit einer Versicherung besteht[215]. Wenn der Täter versichert ist, kann die Last des Beklagten kaum als »unvernünftig« gelten. Die Idee der Minderung betrifft hauptsächlich Situationen, in denen es einen Beklagten gibt, der persönlich verantwortlich ist, und den Schaden aus seiner eigenen Tasche ersetzen muss. Allerdings gestattet der zweite Satz der Bestimmung selbst dann eine Reduktion, wenn die Last der Haftung nicht unvernünftig ist. Stattdessen kann Minderung auf die Tatsache gegründet werden, dass es vernünftig ist, den Kläger selbst einen Teil des Schadens tragen zu lassen. In solchen Fällen können auch die Versicherungen von der Reduktionsklausel profitieren[216]. In der Geschichte der norwegischen Reduktionsklausel finden sich keine Spuren von Verfassungsprinzipien oder Prinzipien hinsichtlich Rechtsmissbrauchs. Eine Diskussion, ob exekutionsrechtliche Vorschriften die Reduktionsklausel verdrängen oder überflüssig machen könnten, hat in der norwegischen Lehre ebenfalls noch nicht stattgefunden. **2/147**

Die Gesetzesbestimmung skl. § 5-2 enthält Richtlinien für den Prozess der Minderung. Man sollte Gewicht auf die Finanzlage des Täters legen, auf Grad oder Schwere des Verschuldens, sowie auf andere Umstände. Das ist eine der wenigen Stellen des Schadenersatzsystems, in welcher die finanzielle Situation des Unrechtstäters als relevanter Faktor betrachtet wird. In den meisten Zusammenhängen besteht die deutliche Auffassung, dass die finanzielle Situation unerheblich ist, einschließlich der Frage, ob eine Versicherung involviert ist[217]. Die Bestimmung eröffnet einen weiten Ermessensspielraum. In den Materialien zur Reduktionsklausel, die 1985 durch Gesetz eingeführt wurde, gibt es Hinweise, dass die Bestimmung nur in ganz außergewöhnlichen Fällen angewandt werden solle. Das Oberste Gericht hat jedoch die Schadenersatzleistung bei einer Reihe von Gelegenheiten reduziert. Die weitreichendsten Entscheidungen haben Fälle betroffen, wo der Täter vorsätzlich, ja sogar mit strafrechtlichem Vorsatz gehandelt hat. In Rt. 2004, 165 hat ein mittelloser junger Mann ein Altenwohnheim in Brand gesteckt. Er hat vorsätzlich gehandelt, doch das Gericht stellte fest, er sei dabei unter Drogeneinfluss **2/148**

214 Siehe Basic Questions I Rz 8/26.
215 Siehe Ot. prp. Nr 75 (1983–84) 66.
216 Siehe *Nygaard,* Skade og ansvar (2007) 408.
217 Siehe zB die ausdrückliche Bemerkung zu diesem Punkt in Rt. 2003, 433.

gestanden. Die Ersatzleistung wurde um 50 % reduziert. In anderen Fällen sind ähnliche Entscheidungen ergangen[218]. Es gibt allerdings Grenzen der Bereitschaft des Gerichts, die Ersatzpflicht zu reduzieren. Wenn es sich um ein besonders schweres Delikt handelt, spielt es keine Rolle, dass der Täter mittellos ist. In Fällen von Raub oder Sprengstoffanschlag verbunden mit Tötung oder versuchter Tötung hat das Oberste Gericht festgestellt, dass Reduktion nicht in Frage komme[219].

2/149 Wie oben erwähnt, findet jedoch eine andere Debatte statt, welche die Grenzen adäquater Verursachung betrifft. Diese hat zum Teil historische Gründe. In der Zeit vor der Gesetzwerdung der allgemeinen Reduktionsklausel 1985 wurde im Fallrecht nahegelegt, dass die Adäquanzregel den Beklagten retten könnte, der von einem ruinösen Anspruch bedroht war[220]. Das Argument der ansonsten ruinösen Folgen war ein Hauptargument im berühmten und wichtigen Fall der Haftung für Drittschäden in Rt. 1973, 1268: ein Flugzeug flog in ein Stromkabel und verursachte Schaden in einem Fischzuchtbetrieb, der die Elektrizität zur Erwärmung des Wassers für die Fische benötigte. Die Fische starben und der Züchter verlangte Ersatz vom Eigentümer des Flugzeugs, dem nationalen Verteidigungsministerium. Der Beklagte wurde nicht zur Haftung verurteilt, zum Teil wegen der Konsequenzen für Beklagte, die unter Umständen Schaden für eine Großzahl von Dritten verursachen könnten, wie typischerweise in Kabelfällen, in denen eine große Zahl von Stromabnehmern betroffen sein könnte. Wissenschaftler haben gemeint, dass die gesetzliche Einführung der Reduktionsklausel diesem Fallrecht ein Ende setze, sodass das Argument ruinöser Konsequenzen für die Adäquanzfrage nicht mehr relevant sei[221]. Diese Auffassung entspricht weitgehend der Empfehlung in Basic Questions I bezüglich der Begrenzung der Haftung[222]. *Askeland* hat dieser Sicht widersprochen und gemeint, das Argument ruinöser Konsequenzen könne bei der Bestimmung der Grenzen von Adäquanz noch immer wichtig sein[223]. In Rt. 2003, 338 Nr 76 hat das Oberste Gericht implizit anerkannt, dass ein enormer Schaden, der aus einem geringfügigen Unfall resultiert, zu einer Begrenzung der Haftung auf der Grundlage mangelnder Vorhersehbarkeit führen kann. In einem anderen Fall Rt. 2006, 690 (oben Rz 2/130 erwähnt) hat das Oberste Gericht festgestellt, dass das Argument ruinöser Konsequenzen für den Adäquanztest erheblich sein könnte, allerdings ohne das Argument im vorliegenden Fall anzuwenden[224].

---

218 Siehe zB Rt. 1997, 889.
219 Siehe Rt. 2005, 903 und Rt. 2008, 1353.
220 Rt. 1955, 1132.
221 *Nygaard,* Skade og ansvar 370; *P. Lødrup,* Lærebok i erstatningsrett[5] (2005) 368. Siehe auch Rt. 2005, 65.
222 Siehe Basic Questions I Rz 7/43.
223 Siehe *B. Askeland,* Konkret og nærliggende interesse som kriterium for tredjemanns tap, Jussens venner (2001) 303–317, 312 f.
224 Rt. 2006, 690 Nr 57.

An diesem Punkt ist die wesentliche Frage, ob der Umstand, dass die wirtschaftlichen Folgen der Unrechtstat unvorhersehbar enorm sind, einen entscheidenden Faktor des Adäquanztests bildet. Der Adäquanztest wird sich oft auf die unvorhersehbaren körperlichen Konsequenzen einer Handlung unabhängig von den wirtschaftlichen Folgen beziehen. Das alte Beispiel, das *von Tuhr* gibt (ein Kutscher schläft ein, das Pferd wechselt die Richtung und die Kutsche wird vom Blitz getroffen) und das in der Wissenschaft sowohl in Mitteleuropa als auch in Norwegen eine Rolle gespielt hat, ist ein Beispiel körperlicher Folgen. Solange allerdings das Schleusenargument unter dem Blickwinkel der Kausalitätsbeschränkung für relevant gehalten wird, kann man mE nicht zwischen Argumenten zugunsten einer solchen Beschränkung und Argumenten, die sich auf den Umfang der Ersatzleistung stützen, unterscheiden. So lange diese Argumente auch für Wissenschaft und Judikatur erheblich waren, so werden sich doch die Regeln und das System verändern, sobald das Argument enormer Ersatzbeträge auf die Frage der Reduktion verschoben wird. Man muss im Auge behalten, dass die Frage der Reduktion zeitlich erst dann auftritt, wenn die Frage der Adäquanz entschieden worden ist. Wenn das Argument des großen Betrages zur Reduktionsfrage transferiert wird, werden mehr Fälle als vorher den Kausalitätsbeschränkungstest bestehen. Überdies wäre es in Situationen, in denen die Ersatzzahlung belastend ist, da es viele Kläger gibt, ein eigenartiges und kostspieliges System, viele Personen klagen und gewinnen zu lassen, und nachträglich den Schadenersatz auf eine ganz geringe Summe zu reduzieren, weil es für den Beklagten zu belastend wäre, alle Ansprüche voll zu befriedigen[225]. **2/150**

Die oben erwähnte Judikatur zeigt, dass die Reduktionsklausel im norwegischen Recht etwas breiter ist als in anderen europäischen Rechtsordnungen, und auch breiter als in unverbindlichen Regelwerken (soft law regimes), siehe PEL Liab Dam Art 6:202 und PETL Art 10:401[226]. Sie ist eine Adäquanzregel, die Richtern einen weiten Ermessensspielraum gewährt. Es ist vielleicht nicht zu empfehlen, eine zusätzliche Zahl von Fällen unter der weiten Ermessensklausel von skl. § 5-2 entscheiden zu lassen. Dann würden auch Zweifel bezüglich des Gewichts des Schleusenarguments verbleiben. Meines Erachtens wäre der beste Weg, sich weiterhin an dem Fallrecht zu orientieren, das sich vor der gesetzlichen Einführung der Reduktionsklausel 1985 entwickelt hat. Die widersprüchliche Praxis des Obersten Gerichts in dieser Frage ist jedenfalls unbefriedigend. **2/151**

225 Zu diesen Punkten siehe *Askeland,* Jussens venner (2001) 312–315.

226 Siehe die Beobachtungen in *B. Askeland,* Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett, Nordisk försäkringstidsskrift (NfT) (2006) 127–137, 135 f.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

2/152 Das norwegische System der Verjährungsvorschriften entspricht Lösungen des deutschen Rechtskreises, allerdings mit einigen Unterschieden bezüglich der Fristen und des Beginns ihrer Laufzeit. Legislative Beweggründe für Verjährungsfristen betreffen die wohlbekannten Auffassungen über die Möglichkeit, die Umstände des Falles zu beweisen, doch auch die Notwendigkeit für den Beklagten, weiterleben zu können ohne befürchten zu müssen, für Handlungen oder Tätigkeiten geklagt zu werden, die weit zurückliegen. Ein Schadenersatzanspruch verjährt drei Jahre nach dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger den Schaden und die verantwortliche Partei kannte oder hätte kennen sollen, siehe »Foreldelsesloven« 1979 (»Verjährungsgesetz«) § 9. Die Vorschrift entspricht somit der deutschen Bestimmung für die kurze Verjährungszeit, allerdings mit einem Unterschied bezüglich des Beginns. Die deutsche Vorschrift, nach der die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte sollen, wurde jedoch im Arbeitsunfallentschädigungsgesetz übernommen[227].

2/153 Die größten Zweifel betreffen in diesem Rechtsbereich die Frage, wann das Opfer ausreichende Informationen hatte, um den Täter zu klagen. Eine Reihe von Fällen zeigt, dass die Frage von einem Rechtssatz entschieden wird, welcher der culpa-Regel entspricht[228]. Das ist nur natürlich, denn die Hauptvoraussetzung der Verjährung besteht darin, dass der Anspruchsberechtigte ausreichende Kenntnis für die Einbringung einer Klage gehabt haben sollte[229].

2/154 Die lange Verjährungszeit beträgt 20 Jahre ab der Vollendung der schädigenden Handlung. Grundsätzlich kann der Beginn vor Eintritt des Schadens liegen. Diese Lösung scheint kein Gegenstück in den deutschen Verjährungsvorschriften zu haben. Die Vorschrift ist jedoch wohlbegründet, insbesondere in Fällen, wo die schädigende Handlung längere Zeit andauert, wie etwa in Emissionsfällen und anderen Dauerschädigungen.

2/155 Es besteht allerdings eine Ausnahme für Personenschäden, die von einer Person unter 18 erlitten werden und wo der Täter wusste oder hätte wissen müssen, dass sein Verhalten zu einem Personenschaden führen könnte. Ansprüche aus Verletzungen, die unter diesen Umständen zugefügt worden sind, verjähren nie.

227 Siehe Yrkesskadeforsikringsloven (Arbeitsschädenversicherungsgesetz) § 15 erster Absatz.
228 Rt. 1960, 748; Rt. 1977, 1092; Rt. 1982, 588; Rt. 1986, 1019 und Rt. 1997, 1070.
229 Zu den Voraussetzungen siehe weiters *Nygaard,* Skade og ansvar 428–430.

Die Ausnahme wurde in das entsprechende Gesetz in den 1990er Jahren als Reaktion auf sexuellen Missbrauch von Kindern aufgenommen, die während der ordentlichen Verjährungsfrist aus Angst oder anderen Gründen keine Klage einbringen konnten. Solche Opfer haben oft Probleme, die es ihnen schwer machen zu klagen, bevor sie erwachsen werden. Eine zwanzigjährige Fallfrist könnte verhindern, dass diese Opfer ihre Rechte geltend machen.

Die genannten Verjährungsbestimmungen betreffen nur außervertragliche **2/156**
Haftung, doch mit einer Ausnahme für Körperverletzung im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung, skl. § 9, dritter Absatz.

Der Gedanke, nach Ablauf der halben Verjährungszeit die Beweislast umzu- **2/157**
kehren, ist eine fortschrittliche und interessante Lösung. Sie ist jedoch in der norwegischen Diskussion noch nie erörtert worden. Die relativ kurze Zeit von drei Jahren mag nicht so sehr für diese Lösung sprechen wie die längere Periode des österreichischen Rechts.

Polen

Katarzyna Ludwichowska-Redo

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus polnischer Sicht

Kapitel 3

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus polnischer Sicht

Katarzyna Ludwichowska-Redo*

Teil 1 Einleitung

Obwohl die *»casum sentit dominus«-Regel* in keiner Bestimmung des polnischen Zivilgesetzbuchs (kodeks cywilny; im folgenden KC genannt)[1] vorkommt, ist ihre Bedeutung als grundlegendes Prinzip des polnischen Schadenersatzrechts unbestritten. Zweifellos können Schäden auf andere Personen als den Geschädigten nur dann überwälzt werden, wenn *bestimmte Gründe* dies rechtfertigen. 3/1

Wie in vielen anderen europäischen Ländern besteht seit einigen Jahrzehnten auch in Polen die Tendenz, den Schutz Geschädigter zu stärken[2]; die Zahl der Gründe, die anerkanntermaßen die Schadensüberwälzung rechtfertigen können, ist gestiegen, und es besteht eine Tendenz, Gründe, die bereits an sich anerkannt sind, auch auf Bereiche zu übertragen, in denen sie bisher keine Rolle gespielt haben. Zur Veranschaulichung seien einige Beispiele genannt. Eines ist die steigende Bedeutung der verschuldensunabhängigen Haftung, die erst vor Kurzem in den Bereichen der Amtshaftung (Art 417 ff KC; siehe unten Rz 3/96) und der Produkthaftung eingeführt wurde (Art 449[1] ff KC). Es zeichnet sich auch ein Trend in Richtung Objektivierung der Verschuldenshaftung ab: so wird beispielsweise die Haftung juristischer Personen für das Handeln ihrer Organe (Art 416 KC) bloß aufgrund der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens angenommen, ohne einzelnen Personen 3/2

* Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr.h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

1 Gesetz vom 23. April 1964, Dziennik Ustaw (Gesetzblatt, Dz U) Nr 16, Pos 93 mit späteren Änderungen.

2 Zu dieser Tendenz siehe *M. Nesterowicz,* Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w końcu XX i początkach XXI wieku a ochrona poszkodowanego w prawie polskim, in: M. Nesterowicz (Hrsg), Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym (2012).

einen Vorwurf zu machen[3]; der Gedanke des »anonymen Verschuldens« wird in jenen Fällen herangezogen, in denen einer oder mehreren Personen einer Gruppe, die derselben Haftungsregel unterliegen, ein Schaden zugefügt wurde, was bedeutet, dass es auf die individuellen Eigenschaften des Schädigers nicht ankommt[4]. Der Deliktsbegriff wurde ausgedehnt und umfasst auch Verletzungen deontologischer Normen; die deliktische Haftung kann auch durch die Bereitstellung unwahrer Informationen ausgelöst werden[5]. Am Beginn der 1990er Jahre wurde Art 446[1] in das Zivilgesetzbuch aufgenommen, wonach ein Kind für Schäden, die ihm vor der Geburt zugefügt wurden, Ersatz begehren kann, und in jüngerer Zeit hat die Judikatur Regeln entwickelt, die zu einer Haftung der durch unerwünschte Geburt verursachten materiellen aber auch immateriellen Schäden führen (siehe unten Rz 3/75 f). Seit 2008 haben die nächsten Angehörigen eines verstorbenen Geschädigten Anspruch auf Ersatz von Gefühlsschäden (Art 446 § 4 KC)[6].

3/3 Der folgende Beitrag befasst sich ausschließlich mit dem Schadenersatzrecht; andere Systeme, die der Schadensüberwälzung dienen, wie das Sozial- oder das Versicherungsrecht, werden nur dort erwähnt, wo die Funktion des Deliktsrechts im Gefüge der polnischen Rechtsordnung veranschaulicht werden soll. Die Deliktshaftung wird auch Instrumenten gegenübergestellt werden, die im Unterschied zum Schadenersatzrecht nicht auf die Entschädigung, wohl aber auf den Schutz von Rechten und Interessen von Personen abzielen.

3/4 Die Idee, bestimmte Bereiche des Haftpflichtrechts, konkret die Haftung für Verkehrsunfälle oder Heilbehandlungen, durch Versicherungslösungen zu ersetzen[7] oder zu ergänzen, wurde in Polen diskutiert[8], fand jedoch nur für den Bereich der Heilbehandlungen Zustimmung. Erst im Jahr 2011[9] wurde ein neues außerge-

---

3 Dazu ausführlicher *P. Machnikowski* in: A. Olejniczak (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band VI Prawo zobowiązań – część ogólna (2009) 418 f.

4 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 417 f. Zur Objektivierung des Verschuldens siehe auch unten Rz 3/119.

5 *Nesterowicz* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 35 und die dort zitierte Literatur.

6 Siehe ua *E. Bagińska,* Roszczenie o zadośćuczynienie na podstawie Art 446 § 4 kodeksu cywilnego na tle doświadczeń europejskich, in: K. Ludwichowska (Hrsg), Kompensacja szkód komunikacyjnych – nowoczesne rozwiązania ubezpieczeniowe/Traffic Accident Compensation – Modern Insurance Solutions (2011) 149 ff.

7 *H. Koziol,* Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective I (2012) Rz 1/9.

8 Bezüglich Heilbehandlung siehe *K. Bączyk-Rozwadowska,* Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu (2007) 381 f und die dort zitierte Literatur; zu Argumenten für und gegen *no-fault* Kraftfahrtversicherung siehe *K. Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe (2008) 367 f; *dieselbe,* Koncepcja no-fault w kompensacji szkód komunikacyjnych, in: K. Ludwichowska (Hrsg), Kompensacja szkód komunikacyjnych – nowoczesne rozwiązania ubezpieczeniowe/Traffic Accident Compensation – Modern Insurance Solutions (2011) 33 ff.

9 Ustawa o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych vom 28. 4. 2011, Dz U 2011, Nr 113, Pos 660.

richtliches Entschädigungssystem für Opfer ärztlicher Fehlbehandlungen eingeführt[10], das sich zwar an den *no-fault* Patientenversicherungssystemen orientiert[11], jedoch nicht als solches angesehen werden kann, da Ersatz bei einer Infektion, Körperverletzung, Gesundheitsbeeinträchtigung oder Tod nur in jenen Fällen gewährt wird, in denen das schädigende Ereignis auf ein Verhalten zurückzuführen ist, das *mit dem aktuellen Wissensstand in der Medizin unvereinbar ist*[12], was auf Fahrlässigkeit hindeutet[13].

Wie von *Koziol* angesprochen wurde, können die Grenzen zwischen dem Scha- **3/5**
denersatzrecht und seinen »Nachbargebieten« etwas verschwommen sein[14]; zweifelsohne sollte dies aber nicht dazu führen, dass Konzepte, die mit den Grundprinzipien des Deliktsrechts unvereinbar sind, in dieses Eingang finden (zB Strafschadenersatz, siehe unten Rz 3/33). Das ließe sich nicht rechtfertigen.

Ein gutes Beispiel für »verschwimmende Grenzen« bietet die Abgrenzung zwi- **3/6**
schen dem Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands einerseits und dem Anspruch auf Schadenersatz durch Naturalherstellung andererseits (siehe die Anmerkungen zur »actio negatoria« unten Rz 3/21 f). In solchen Fällen wären, wie *Koziol* feststellt, »fließende Übergänge« sinnvoller als scharfe Abgrenzungen[15] (das bedeutet im Fall der »actio negatoria« die Aufgabe des Festhaltens an einheitlichen Voraussetzungen und einheitlichen Rechtsfolgen, und das Zulassen von Differenzierungen[16]). Eine solche Tendenz ist im polnischen Recht jedoch nicht feststellbar; stattdessen liegt der Fokus auf der *Unterscheidung* zwischen diesen beiden Ansprüchen, und man versucht, das Ausmaß der *Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes* den Voraussetzungen der *actio negatoria* anzupassen, die weniger streng sind als die eines Schadenersatzanspruches.

Koziols Befürwortung fließender Übergänge zeigt sich sehr deutlich im Be- **3/7**
reich der alternativen Kausalität zwischen einem haftbar machenden Ereignis und Zufall. Er kritisiert die *Alles-oder-Nichts-Lösung* scharf und unterstützt die Teilhaftungslösung[17]. Im polnischen Recht wird jedoch die potentielle Ursächlichkeit nicht anerkannt, was gegen die Aufnahme einer solchen Lösung in diesen Fällen spricht (siehe unten Rz 3/85).

---

10 Ausführlich zum System *E. Bagińska,* The New Extra-judicial Compensation System for Victims of Medical Malpractice and Accidents in Poland, Journal of European Tort Law (JETL) 2012, 101 f.

11 Siehe die Begründung des Entwurfs des Gesetzes vom 28.4.2011, Druk Sejmowy Nr 3488.

12 Ein sog »medizinisches Ereignis«, zur genauen Definition siehe Art 67 Gesetz über Patientenrechte und den Patientenombudsman (Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) vom 6.11 2008, konsolidierte Fassung Dz U 2012, Pos 159 mit späteren Änderungen.

13 Siehe ua *Nesterowicz* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 41; *M. Serwach,* Charakterystyka i zakres odpowiedzialności za zdarzenia medyczne, Prawo Asekuracyjne Rz 3/2011, 19.

14 Basic Questions I Rz 1/17.

15 Basic Questions I Rz 1/18.

16 Basic Questions I Rz 2/24.

17 Basic Questions I Rz 1/27, 5/87 ff.

3/8 Obgleich es sich im Kern nicht um eine Frage verschwimmender Grenzen handelt[18], ist das Zusammenspiel des Schadenersatzrechts mit dem Recht ungerechtfertigter Bereicherung sehr interessant. Die Tatsache, dass der Schädiger einen Vorteil aus seiner schädigenden Handlung erlangt hat, ist für das Ausmaß des von ihm zu leistenden Ersatzes nicht von Bedeutung (da der Ersatz den tatsächlich erlittenen Schaden nicht übersteigen darf), was aber dann problematisch sein kann, wenn der Geschädigte in einem konkreten Fall keinen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung hat (siehe unten Rz 3/27)[19]. Andererseits bewirkt die objektiv zu beurteilende Obligation des Bereicherten, der mit der Verpflichtung zur Herausgabe des Vorteils rechnen muss, dazu, dass diese Pflicht selbst dann noch besteht, wenn der Bereicherte gar nicht mehr bereichert ist (siehe unten Rz 3/24). Mit anderen Worten muss der Bereicherte aufgrund seines Verhaltens die Last des Verlustes des Verkürzten tragen[20].

3/9 Im polnischen Recht wird klar zwischen dem Deliktsrecht und dem Vertragsverletzungsrecht unterschieden; ein Zwischenbereich wird nicht anerkannt. Folglich wird jeder Sachverhalt entweder dem Vertragsrecht oder dem Deliktsrecht oder beiden zugeordnet (in diesem letzten Fall kann die Anspruchsgrundlage gewählt werden). An dieser Stelle sei jedoch angemerkt, dass vorgeschlagen wurde, die *culpa in contrahendo* als eigenständigen Regelungsbereich, losgelöst vom Delikts- und vom Vertragsrecht, anzuerkennen (siehe insbes unten Rz 3/52 und 3/60).

3/10 Man kann von einer Zweispurigkeit im polnischen Schadenersatzrecht[21] insofern sprechen, als zwei Hauptgründe der Haftung unterschieden werden: Verschuldenshaftung und strikte Haftung[22]. Allerdings ist aufgrund der Objektivierung des Verschuldens (unten Rz 3/119) eine gewisse Annäherung der beiden Bereiche festzustellen. Außerdem sind weder die Verschuldens- noch die strikte Haftung einförmige Bereiche. Letztere ist unterschiedlich streng ausgestaltet[23], während bei ersterer der Sorgfaltsmaßstab je nach der Art der Beziehung variiert (Art 355 § 1 KC) und strenger ist, wenn der Schädiger ein Fachmann ist (Art 355 § 2 KC); auch die Beweislastumkehr (Art 427, 426, 431 KC) lässt die verschuldensabhängige Haftung strenger werden; und schließlich ist es möglich, dem Begriff

18 Basic Questions I Rz 1/19.

19 Basic Questions I Rz 2/36 f.

20 Ausführlicher zu dieser Frage und zu *Koziols* Vorschlag, einen allgemeinen Gewinnherausgabeanspruch einzuführen, unten Rz 3/31.

21 Vgl Basic Questions I Rz 1/21 und die dort zitierte Literatur.

22 Billigkeitshaftung kann nicht als gleichermaßen bedeutsam behandelt werden, da sie nur ausnahmsweise Anwendung findet.

23 Siehe unten Rz 3/130. Zu den verschiedenen gesetzlichen Regelungen auf dem Gebiet strikter Haftung siehe *J. Łopuski,* Odpowiedzialność za szkody wyrządzone w związku z użyciem sił przyrody (Art 152 k.z.): jej znaczenie i ewolucja w perspektywie minionego 70-lecia, Kwartalnik Prawa Prywatnego (KPP) Nr 3/2004, 672.

»Verschulden« mehr als eine Bedeutung zuzuschreiben (siehe zum »Auswahlverschulden« unten Rz 3/123).

Wilburgs bewegliches System, das von *Koziol* in Basic Questions empfohlen wird, ist dem polnischen Schadenersatzrecht fremd, das im Wesentlichen klare Regeln vorsieht, die von Generalklauseln ergänzt werden, welche einen gewissen Ermessensspielraum eröffnen. Damit deliktische Haftung ausgelöst wird, müssen alle Voraussetzungen erfüllt sein; wenn eine Voraussetzung nicht erfüllt ist, kommt es nicht zur Haftung, selbst wenn andere Voraussetzungen gleichsam »übererfüllt« wären. Zwar bietet das bewegliche System, in dem es fließende Übergänge gibt und abrupte entweder-oder-Lösungen abgelehnt werden, vernünftige Antworten auf zahlreiche komplexe Fragen, und es kann »alle denkbaren Fälle in ihrer Eigenart erfassen«[24], doch ist es ziemlich kompliziert, und seine Anwendung würde sehr hohe Ansprüche an alle Teilnehmer am Rechtsanwendungsprozess stellen. Wenn schon die vergleichsweise starren Regeln des derzeit geltenden Systems viele Schwierigkeiten bereiten und zahlreiche Fragen unbeantwortet lassen, kann man sich vorstellen, wie schwierig und herausfordernd die Anwendung eines beweglichen Systems wäre. **3/11**

Die folgende Darstellung befasst sich mit grundlegenden Fragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht der polnischen Rechtsordnung. Um Gemeinsamkeiten und Unterschiede hervorzuheben, wird auf Theorien und Lösungen verwiesen, die im deutschen Rechtskreis angenommen oder vorgeschlagen worden sind und in *H. Koziols* »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« dargestellt werden. Inhalt und Struktur dieses Beitrags orientieren sich an *Koziols* Werk. **3/12**

24 Basic Questions I Rz 1/28 und *W. Wilburg,* Die Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950), wie dort zitiert.

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Allgemeines

3/13 Ein Ersatzanspruch bietet weitreichenden Schutz von Rechtsgütern oder Interessen, unterliegt aber auch strengen Anforderungen. Der bloße Eingriff in ein geschütztes Interesse rechtfertigt noch keinen solchen Anspruch; weitere Voraussetzungen müssen ebenfalls erfüllt sein, zB Rechtswidrigkeit und Verschulden, oder Gefährdung durch eine bestimmte Tätigkeit[25]. Das Schadenersatzrecht ist jedoch nur eines der Instrumente, welche die Rechtsordnung zum Schutz von Rechten und Interessen zur Verfügung stellt. Im folgenden Kapitel werden andere Instrumente und ihr Zusammenwirken mit dem Schadenersatzrecht vorgestellt.

II. Herausgabeansprüche

3/14 Wie im deutschen und im österreichischen Recht setzt die *rei vindicatio* (Art 222 § 1 KC) lediglich voraus, dass der Kläger (Eigentümer) das Recht auf den Besitz einer Sache hat (oder genauer, die *tatsächliche Herrschaft* über sie auszuüben), während der Beklagte dieses Recht nicht hat; sie ist auf die Herausgabe der Sache in dem Zustand, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Klageerhebung befindet, gerichtet[26]. Da dem Geschädigten nach Art 363 § 1 KC Naturalersatz zusteht, kann die Herausgabe einer Sache auch unter den strengeren Voraussetzungen des Schadenersatzrechts bewirkt werden. Unter diesen strikteren Bedingungen hat der Kläger jedoch nicht nur Anspruch auf Herausgabe der Sache in dem Zustand, in dem sie sich befindet, sondern er kann auch Ersatz für Folgeschäden begehren, die ihm durch den Besitzverlust verursacht worden sind.

3/15 Das polnische Recht schützt die Interessen des Eigentümers auch mit sogenannten »ergänzenden Ansprüchen« gegen den unrechtmäßigen Besitzer (etwa Anspruch auf Entgelt für die Verwendung einer Sache, Anspruch auf Ersatz für Abnützung, Beschädigung oder Verlust einer Sache und Anspruch auf Herausgabe von Früchten oder auf den Wert verbrauchter Früchte; Art 224f KC), doch sind

25 Diese werden unten genauer behandelt.

26 *T. Dybowski,* Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio-actio negatoria) (1969) 136 f.

diese Ansprüche im Unterschied zur »rei vindicatio« nicht objektiver Natur, sondern hängen von der Gutgläubigkeit des Besitzers und zum Teil auch von dessen Verschulden ab[27].

Diese ergänzenden Ansprüche sind in den Art 224–225 KC geregelt und werden als »leges speciales« zu den allgemeinen Regeln der Deliktshaftung und des Bereicherungsrechts betrachtet[28]. **3/16**

III. Unterlassungsansprüche

Mehrere Bestimmungen des polnischen Privatrechts sehen Unterlassungsansprüche vor. Neben der allgemeinen Bestimmung des Art 439 KC, die weiter unten (Rz 3/18) behandelt wird, gibt es die folgenden Bestimmungen, die Unterlassungsansprüche beschränkteren Umfangs regeln: Art 24 § 1 KC für Handlungen, die Persönlichkeitsrechte[29] gefährden; Art 78 Urheberrechtsgesetz[30] für Handlungen, die Urheberpersönlichkeitsrechte gefährden; Art 285 Gesetz über das gewerbliche **3/17**

27 Ansprüche auf Gebrauchsentgelt und Ersatz für Abnützung, Beschädigung oder Verlust einer Sache können nicht gegen einen gutgläubigen Besitzer geltend gemacht werden, der auch zum Eigentumserwerb an den natürlichen Früchten berechtigt ist, die während seines Besitzes von der Sache getrennt wurden, sowie die bezogenen Zivilfrüchte behalten darf, die während dieser Zeit angefallen sind. Der bösgläubige Besitzer muss für den Gebrauch der Sache Entgelt leisten und haftet für Abnützung, Beschädigung oder Verlust, sofern Beschädigung und Verlust nicht auch eingetreten wären, wenn sich die Sache im Besitz des Berechtigten befunden hätte (er ist daher für *casus mixtus* haftbar, dh seine Haftung ist strenger als die traditionelle Verschuldenshaftung); er ist auch verpflichtet, gezogene und noch nicht verbrauchte Früchte herauszugeben und den Wert der verbrauchten Früchte zu ersetzen, sowie den Wert jener Früchte zu erstatten, die durch schlechte Bewirtschaftung nicht gezogen worden sind. Besondere Regeln gelten für den gutgläubigen Besitzer ab seiner Kenntnis von der Klageeinbringung gegen ihn auf Herausgabe der Sache: Er ist verpflichtet, die nicht verbrauchten Früchte herauszugeben und den Wert der verbrauchten Früchte zu ersetzen, sowie Entgelt für den Gebrauch der Sache zu zahlen. Er haftet auch für Abnützung und Beschädigung oder Verlust, es sei denn, Wertminderung oder Verlust sind ohne sein Verschulden erfolgt (seine Haftung beruht also auf einer Verschuldensvermutung).

28 *E. Gniewek* in: T. Dybowski (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band III. Prawo rzeczowe (2007) 515 und die dort zitierte Literatur.

29 Genauer gesagt, betrifft Art 24 Handlungen, die »dobra osobiste« gefährden, und dies ist an sich ein Ausdruck, der besser mit »persönliche Interessen« zu übersetzen wäre. »Dobra osobiste« werden als Werte definiert, die durch die Gesellschaft anerkannt sind. Sie umfassen die physische und psychische Integrität einer Person, ihre Persönlichkeit und Würde ebenso wie ihre Stellung in der Gesellschaft, und bilden eine Voraussetzung für ihre Selbstverwirklichung. Siehe *Z. Radwański,* Prawo cywilne – część ogólna (2005) 160 f. In diesem Bericht werden »dobra osobiste« als Persönlichkeitsrechte bezeichnet, da dieser Ausdruck in einem rechtsvergleichenden Zusammenhang besser verständlich erscheint.

30 Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Gesetz vom 4.2.1994, konsolidierter Text Dz U 2006, Nr 90, Pos 631).

Eigentum[31] ua für Handlungen, die Patentrechte gefährden; Art 18 Abschnitt 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb[32] für die Gefährdung von Interessen der Unternehmer durch unlauteren Wettbewerb. Diese »beschränkten« Unterlassungsansprüche bilden kein konsistentes System, was bislang jeden Versuch einer Herausarbeitung allgemeiner Regeln, die für alle gelten könnten, vereitelt hat[33]. Allerdings sei angemerkt, dass die Unterlassungsansprüche, wie in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises, kein Verschulden voraussetzen; die Rechtswidrigkeit der Bedrohung ist in der Regel ausreichend. Bei der Gefährdung von Persönlichkeitsrechten wird die Rechtswidrigkeit vermutet[34] und weit verstanden[35], und zwar als *Verletzung einer Rechtsvorschrift oder der »Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft«*[36]. Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs nach Art 18 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist eine unlautere Wettbewerbshandlung, dh eine Handlung, die *gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt* und die Interessen eines anderen Unternehmers gefährdet oder verletzt (Art 3 UWG). Art 285 Gesetz über das gewerbliche Eigentum verlangt, dass der Kläger beweist, dass der Beklagte durch sein Handeln »ein spezifisches gewerbliches Eigentumsrecht zu verletzen droht«[37].

3/18 Artikel 439 KC regelt Unterlassungsansprüche allgemein: »Wer dem Risiko eines Schadenseintritts durch das Verhalten eines anderen unmittelbar ausgesetzt ist, insbesondere durch dessen mangelhafte Aufsicht über ein von diesem geleitetes Unternehmen oder Geschäft oder über den Zustand eines in dessen Besitz befindlichen Gebäudes oder einer anderen Einrichtung, kann verlangen, dass er jegliche notwendige Maßnahme setzt, um die unmittelbare Bedrohung abzuwenden und, falls erforderlich, angemessene Sicherheit leistet«[38]. Im Unterschied zu den zuvor genannten Bestimmungen hat Art 439 KC, der in der Praxis selten herangezogen wird[39], einen größeren Anwendungsbereich, da er nicht nur Unterlassungsansprüche umfasst, sondern auch Ansprüche auf ein positives Tun zur

---

31 Prawo własności przemysłowej (Gesetz vom 30.6.2000, konsolidierter Text Dz U Nr 119, Pos 1117).

32 Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Gesetz vom 16.4.1993, konsolidierter Text Dz U 2003, Nr 153, Pos 1503).

33 *A. Śmieja* in: A. Olejniczak (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band VI. Prawo zobowiązań – część ogólna (2009) 630.

34 Zu Urheberpersönlichkeitsrechten siehe *A. Wojciechowska* in: J. Barta (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band XIII². Prawo autorskie (2007) 702.

35 *M. Pazdan* in: K. Pietrzykowski (Hrsg), Kodeks cywilny. Band I. Komentarz do Art 1–449¹⁰ (2011) 155.

36 Dh in der Gemeinschaft allgemein anerkannte ethische Verhaltensregeln (siehe auch unten FN 290).

37 *A. Tischner* in: P. Kostański (Hrsg), Prawo własności przemysłowej (2010) 1144.

38 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (E. Bagińska,* Poland, in: K. Oliphant/B.C. Steininger [Hrsg], European Tort Law. Basic Texts [2011] 196).

39 *Śmieja* betrachtet ihn sogar als grundsätzlich »totes Recht«, siehe *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 643.

Abwendung von Gefahren; erstere, die hier besprochen werden, kommen allerdings seltener zur Anwendung[40]. Es gibt unterschiedliche Meinungen über die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach Art 439 KC: 1) Ein Kausalzusammenhang zwischen gefährdendem Verhalten und der direkten Bedrohung eines Schadens ist ausreichend; das Verhalten muss nicht rechtswidrig sein (diese Meinung ist die älteste und wird nicht mehr vertreten); 2) das gefährdende Verhalten muss schuldhaft sein (diese Lehre wird kritisiert, weil sie eine typische Regel des Schadenersatzrechts auf ein Instrument überträgt, dessen Ziel nicht die Entschädigung, sondern die Verhinderung eines Schadenseintritts ist[41]); 3) die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs hängen von der Haftungsgrundlage ab, die im Falle eines Schadenseintritts herangezogen würde; 4) das gefährdende Verhalten muss rechtswidrig sein[42].

IV. Notwehrrechte

Wer zur Abwehr eines direkten und rechtswidrigen Angriffs gegen seine Interessen oder die eines Dritten handelt, haftet nicht für dem Angreifer zugefügte Schäden (Art 423 KC). Der Wert des Interesses, gegen das sich der Angriff richtet, ist nicht von Bedeutung[43]. Die Haftung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Abwehr eines *rechtswidrigen* Angriffs *erforderlich* war und nicht *unter größerer Schonung der rechtlich geschützten Interessen des Angreifers* durchgeführt werden konnte[44]. Der Abwehrende ist nicht zur Wiedergutmachung des dem Angreifer zugefügten Schadens verpflichtet, wenn die von ihm angewendeten Mittel in der betreffenden Situation angemessen und zweckmäßig waren (nämlich zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs). Die Rechtswidrigkeit des Angriffs wird dabei weit verstanden, dh als eine Verletzung einer Rechtsvorschrift oder der Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft[45]. **3/19**

40 *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 638.

41 *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 631.

42 Zu diesen Theorien siehe ua *M. Safjan* in: K. Pietrzykowski (Hrsg), Kodeks cywilny. Band I. Komentarz do Art 1–449[10] (2011) 1694 f; *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 625 ff.

43 *Z. Banaszczyk* in: K. Pietrzykowski (Hrsg), Kodeks cywilny. Band I. Komentarz do Art 1–449[10] (2011) 1639.

44 Vgl ua *A. Olejniczak* in: A. Kidyba (Hrsg), Kodeks cywilny. Komentarz. Band III. Zobowiązania – część ogólna (2010) Kommentar zu Art 423, Rz 6.

45 Oberstes Gericht (Sąd Najwyższy; im Folgenden: SN) Entscheidung vom 4. 5. 1965, I CR 5/65, LEX Nr 5796.

V. Beseitigungsansprüche

3/20 Artikel 222 § 2 KC regelt die *actio negatoria:* Ein Eigentümer kann von einer Person, die sein Eigentum in anderer Art und Weise als durch Entziehung der tatsächlichen Sachherrschaft verletzt, die *Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes* sowie die *Unterlassung der Verletzung* verlangen. Der Anspruch ist rein objektiv und hängt nicht von subjektiven Elementen wie Verschulden oder Gutgläubigkeit ab. Seine einzige Voraussetzung ist die *Verletzung von Eigentum.* Um die actio negatoria zu rechtfertigen, muss die Verletzung *rechtswidrig* sein, doch da das Recht des Eigentums in seinem Umfang sehr weit ist, kann man sagen, dass praktisch jeder Eingriff in die Herrschaft eines Eigentümers über seine Sachen rechtswidrig ist, wenn er nicht aufgrund einer rechtlichen Bestimmung gerechtfertigt ist[46].

3/21 Die unterschiedliche Formulierung von Art 222 § 2 KC und Art 363 § 1 KC zeigt deutlich, dass der polnische Gesetzgeber zwischen der Wiederherstellung eines *rechtmäßigen Zustandes* und der Wiederherstellung des *vorigen Zustandes* unterscheidet. Letztere ist in Art 363 KC geregelt, der von Schadenersatz handelt (siehe unten Rz 3/160)[47]. Es ist allerdings nicht ganz klar, wo die Grenze zwischen der »actio negatoria« und dem Schadenersatzanspruch gezogen werden soll. *Dybowski* betont, dass erstere gegen aktuelle rechtswidrige Eingriffe in eine fremde Sphäre gerichtet ist, während das Ziel eines Ersatzanspruchs an einen bereits zugefügten Schaden anknüpft, der zwar die Folge einer solchen rechtswidrigen Störung sein kann, aber nicht muss[48]. Unbestritten ist, dass die »actio negatoria« keinen Anspruch auf Geldersatz umfasst, insbesondere keinen Anspruch auf Ersatz von »lucrum cessans«[49]. In der Literatur wurde vertreten, dass »die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes« nicht nur die Beendigung der Störung von Eigentum eines Anderen meint, sondern auch die Beseitigung der Auswirkungen der Störung (zB die Einebnung eines unrechtmäßig ausgehobenen Grabens, die Entfernung eines rechtswidrig errichteten Zaunes)[50]. Eine Übernahme dieser Auffassung macht die Festlegung erforderlich, wie weit der Anspruch auf ein positives Tun reicht. Es erscheint vernünftig, dass die »actio negatoria«, deren Voraussetzungen weniger streng sind als jene eines Schadenersatzanspruches, nicht so weit reichen soll wie letzterer, dass also der Eigentümer Naturalrestitution nicht in dem Ausmaß begehren können soll, wie ein Verletzter dies nach Art 363 KC kann.

46 *Dybowski,* Ochrona własności 316.

47 Siehe ua *S. Rudnicki,* Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe (2007) 344.

48 *Dybowski,* Ochrona własności 311.

49 *Dybowski,* Ochrona własności 339 f.

50 *A. Cisek* in: E. Gniewek (Hrsg), Kodeks cywilny. Komentarz (2011) 374; *Rudnicki,* Komentarz do kodeksu cywilnego 344 f; siehe auch ua SN Entscheidung vom 14. 5. 2000, V CKN 1021/00, LEX Nr 55512.

Dybowski argumentiert überzeugend, dass der Eigentümer nur verlangen kann, dass der Eingreifende die Grenzen des Eigentums wieder verlässt und nur jene Maßnahmen ergreift, die dazu notwendig sind (dh die dem Eigentümer wieder die ungestörte Herrschaft über seine Sache einräumen)[51]; diese Maßnahmen können manchmal bis zu einem gewissen Ausmaß Maßnahmen zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes nahekommen[52]. Was darüber hinausgeht, kann nach den Bestimmungen des Schuldrechts begehrt werden, wenn alle Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Daraus folgt, dass der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zu- **3/22**
standes gemäß Art 222 § 2 KC nach polnischem Recht ein einheitlicher Anspruch ist; eine Differenzierung seiner Voraussetzungen nach den Folgen für den Eingreifenden (also ob er lediglich das Entfernen hinnehmen oder auch aktiv die Störung beseitigen muss), wenngleich zweifelsohne sinnvoll[53], wurde bisher nicht vorgeschlagen. *De lege lata* scheint eine Teilung des Anspruchs auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes in zwei eigenständige Ansprüche (einen auf non-facere und pati und einen anderen auf ein positives Tun zur Beseitigung der Störung) mit unterschiedlichen Zurechnungsgründen nicht möglich zu sein.

Andere Beispiele für Beseitigungsansprüche finden sich in Art 24 § 1 KC (An- **3/23**
spruch auf Beendigung einer Handlung, die in ein Persönlichkeitsrecht eingreift, sowie Beseitigung der Folgen des Eingriffes), Art 78 Urheberrechtsgesetz (Beendigung einer Handlung, die in ein Urheberpersönlichkeitsrecht eingreift, sowie Beseitigung der Folgen des Eingriffes), Art 79 Urheberrechtsgesetz (Beendigung einer Handlung, die in ein Urheberrecht eingreift, sowie Beseitigung der Folgen des Eingriffes), Art 18 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Beendigung verbotener Handlungen sowie Beseitigung der Folgen im Falle eines Eingriffes in die Interessen eines Unternehmers durch unlauteren Wettbewerb), Art 287 Gesetz über das gewerbliche Eigentum (Beendigung eines Eingriffes in ein Patent). All diese Ansprüche sind verschuldensunabhängig[54] und setzen das Vorliegen eines Eingriffs voraus.

---

51 *Dybowski,* Ochrona własności 350.

52 *Dybowski,* Ochrona własności 352.

53 Basic Questions I Rz 2/24.

54 Siehe *Pazdan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 154 (ad Art 24 KC); *J. Barta/R. Markiewicz* in: J. Barta/R. Markiewicz (Hrsg), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz (2011) Kommentar zu Art 78, Rz 2 (zu Art 78 Urheberrechtsgesetz); *J. Błeszyński* in: J. Barta (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band XIII². Prawo autorskie (2007) 633 (zu Art 79 Urheberrechtsgesetz); *J. Rasiewicz* in: M. Zdyb/M. Sieradzka (Hrsg), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz (2011) Kommentar zu Art 18, Rz 14 (zu Art 18 Gesetz über den unlauteren Wettbewerb); *A. Tischner,* Komentarz do zmiany Art 287 ustawy – Prawo własności przemysłowej wprowadzonej przez Dz U 2007 Nr 99, Pos 662, in: T. Targosz/A. Tischner (Hrsg), Komentarz do ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (2008) Rz 4 (zu Art 287 Gesetz über den gewerblichen Rechtsschutz).

VI. Eingriffskondiktionen

A. Das Verhältnis von Bereicherungs- und Schadenersatzansprüchen

3/24 Wie von *Koziol* aufgezeigt wurde, sind Bereicherungssanspruch und Schadenersatzanspruch einander insofern ähnlich, als beide einen Eingriff in geschützte Interessen eines Anderen voraussetzen[55], sie unterscheiden sich jedoch hinsichtlich ihrer Ziele und Voraussetzungen. Das ist auch im polnischen Recht so. Ein Bereicherungsanspruch (Art 405 ff KC) setzt kein Verschulden oder einen anderen typisch schadenersatzrechtlichen Zurechnungsgrund voraus, sondern gründet auf der Bereicherung einer Person auf Kosten einer anderen (des »Verkürzten«)[56]. Die Pflicht, den Vorteil herauszugeben, besteht grundsätzlich unabhängig vom Verhalten des Bereicherten, doch gibt es eine Ausnahme zu dieser Regel: Wenn der Bereicherte *im Zeitpunkt des Verbrauchs des Vorteils oder der Verfügung über ihn die Pflicht zu dessen Herausgabe berücksichtigen hätte müssen,* so muss er den Vorteil auch dann herausgeben, wenn er gar nicht mehr bereichert ist (Art 409 KC). Bei der Beurteilung, ob der Bereicherte mit der Pflicht zur Herausgabe rechnen hätte müssen, ist ein *objektiver Maßstab* anzuwenden[57]. *Czachórski* meint, dass der Ausdruck »Verschulden« in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt wäre, da in Art 409 Verschulden nicht erwähnt wird[58], doch assoziiert man ein derartiges Verhalten unweigerlich mit einem Abweichen vom Maßstab sorgfältigen Verhaltens und daher mit Fahrlässigkeit.

3/25 In der polnischen Rechtsliteratur wird »Verkürzung« als Nachteil in Bezug auf Eigentum[59] definiert, und *Pietrzykowski* hebt deren Ähnlichkeit mit materiellem Schaden hervor[60]. Der Anspruch nach Art 405 KC ist allerdings nicht auf den Ersatz von Schaden gerichtet, sondern auf die *Herausgabe des Vorteils,* den der Eingreifende erlangt hat – Anspruchsvoraussetzung ist also Bereicherung[61]. Bei entgangenem Gewinn ist der Anspruch auf Herausgabe demnach nur begründet, wenn der Gewinn an den Eingreifenden gegangen ist; der blosse Entgang beim Verkürzten ist nicht ausreichend[62].

---

55 Basic Questions I Rz 2/26.

56 Mehrere Autoren betrachten Entreicherung nicht als Voraussetzung einer Verpflichtung, den erlangten Vorteil herauszugeben, siehe *P. Mostowik* in: A. Olejniczak (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band VI. Prawo zobowiązań – część ogólna (2009) 246 f.

57 *W. Czachórski,* Prawo zobowiązań w zarysie (1968) 225; *K. Pietrzykowski* in: K. Pietrzykowski (Hrsg), Kodeks cywilny. Band I. Komentarz do Art 1–449[10] (2011) 1533.

58 *Czachórski,* Prawo zobowiązań 225.

59 *E. Łętowska,* Bezpodstawne wzbogacenie (2000) 63; *Pietrzykowski* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1524.

60 *Pietrzykowski,* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1524.

61 *Łętowska,* Bezpodstawne 73.

62 *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 246.

In Fällen, in denen die Voraussetzungen für beide Ansprüche erfüllt sind, kann der Beeinträchtigte wählen, ob er den Schadenersatz- oder den Bereicherungsanspruch geltend macht (Art 414 KC: »Die Bestimmungen des vorliegenden Titels gelten unbeschadet der Bestimmungen zum Ersatz von Schäden«)[63]. 3/26

Betont wird, dass die Verkürzung und die Bereicherung eine gemeinsame Quelle aufweisen müssen, dasselbe Ereignis also sowohl notwendige Bedingung als auch hinreichender Grund für beide ist[64]. Die Zerstörung von Maschinen – eines der von *Koziol*[65] genannten Beispiele – erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die Verkürzung wäre zwar gegeben, jedoch nicht die Bereicherung[66], denn für diese müssten andere Voraussetzungen erfüllt werden (es müssten sich beispielsweise Kunden an den Täter wenden, anstatt zB auf die von den beiden Konkurrenten stammenden Produkte zu verzichten). Dasselbe gilt für das Beispiel der Verursachung von Arbeitsunfähigkeit des Konkurrenten. Das Bereicherungsrecht ist in diesen Fällen demnach nicht anwendbar. Das Schadenersatzrecht hat andererseits gewisse Unzulänglichkeiten, wie *Koziol* richtigerweise ausführt[67]: Es ist auf den Ersatz von erlittenem Schaden gerichtet, sodass ein Gewinn, den der Schädiger aus der schädigenden Handlung erlangt und der die Höhe des Schadens übersteigt, beim Schädiger verbleibt, nachdem er vollen Ersatz an den Geschädigten geleistet hat. 3/27

B. Lösungsansätze im Immaterialgüterrecht

Sowohl das polnische Gesetz über das gewerbliche Eigentum als auch das Urheberrechtsgesetz sehen Ansprüche auf Gewinnherausgabe vor. Gemäß Art 287 Gesetz über das gewerbliche Eigentum kann ein Patentinhaber, dessen Patent verletzt wurde, verlangen, dass der Patentverletzer unrechtmäßig erlangten Gewinn herausgibt und, bei Vorliegen von Verschulden, den Schaden wiedergutmacht, entweder nach den allgemeinen Grundsätzen oder durch Zahlung eines angemessenen Betrages, welcher der Lizenzgebühr entspricht, oder eines sonstigen angemessenen Entgelts an den Patentinhaber. Ein Anspruch auf Gewinnherausgabe, der 3/28

---

63 SN Entscheidung vom 14.12.1983, IV CR 450/83, Orzecznictwo Sądów Polskich (OSP) Nr 12/1984 Pos 250.

64 Vgl ua *Łętowska,* Bezpodstawne 73. Es wird ein Vergleich mit der Öffnung eines Damms angestellt, die einen Fluss mit einem künstlichen See verbindet, wodurch der Fluss steigt und der Wasserspiegel des Sees sinkt; *Z. Radwański/A. Olejniczak,* Zobowiązania – część ogólna (2010) 289.

65 Basic Questions I Rz 2/33.

66 Es wird wiederholt, dass die Erlangung einer Bereicherungsmöglichkeit nicht ausreicht, um einen Bereicherungsanspruch auszulösen (siehe *Łętowska,* Bezpodstawne 69), was in diesem Zusammenhang erheblich erscheint.

67 Basic Questions I Rz 2/36 f.

unabhängig vom Verschulden des Eingreifers besteht, kann mit einem Anspruch auf Schadenersatz, der Verschulden des Schädigers voraussetzt und je nach der Wahl des Geschädigten entweder den allgemeinen Grundsätzen des Zivilgesetzbuchs unterliegt oder die Form eines »Verwendungsanspruches« annimmt, kumuliert werden. Dieser Lösungsansatz unterscheidet sich also grundlegend von jenem des österreichischen Patentgesetzes[68].

3/29 Artikel 79 polnisches Urheberrechtsgesetz kennt auch einen verschuldensunabhängigen Gewinnherausgabeanspruch. Der Geschädigte hat außerdem einen Anspruch auf Schadenersatz nach den allgemeinen Grundsätzen oder auf Zahlung eines angemessenen Betrages, der dem doppelten (bei Verschulden dem dreifachen) Entgelt für die Nutzung seines Werkes entspricht. Im Unterschied zum Gesetz über das gewerbliche Eigentum liegt hier ein Strafelement vor (siehe auch Rz 3/34); der Anspruch auf angemessenen Ersatz ist demnach kein typischer »Verwendungsanspruch«.

3/30 Wie bereits festgestellt wurde, ist der Anspruch auf Gewinnherausgabe unabhängig vom Verschulden des Eingreifers und hat deutlich weniger strenge Voraussetzungen als ein Schadenersatzanspruch. Nach herrschender Lehre muss der Anspruch auf Gewinnherausgabe nach dem Urheberrechtsgesetz vom Bereicherungsanspruch des Zivilgesetzbuchs klar unterschieden werden[69]. In Bezug auf den Herausgabeanspruch des Art 287 Gesetz über das gewerbliche Eigentum gibt es unterschiedliche Meinungen: nach der einen handelt es sich um einen Bereicherungsanspruch, nach der anderen um einen eigenständigen Anspruch, auf den die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches zur unrechtmäßigen Bereicherung nicht anwendbar sind. Vertreter dieser Meinung bringen vor, dass die Judikatur und Literatur zum Gewinnherausgabeanspruch des Art 79 Urheberrechtsgesetz auch für den Anspruch nach Art 287 Gesetz über das gewerbliche Eigentum relevant seien[70].

C. Ein neuer Anspruchstyp?

3/31 Es wird hervorgehoben, dass die Gewinnherausgabeansprüche das Prinzip widerspiegeln, dass ein unrechtmäßiger Eingriff in die Vermögensrechte eines Anderen

68 Basic Questions I Rz 2/38 f.

69 *Barta/Markiewicz* in: Barta/Markiewicz, Prawo autorskie, Kommentar zu Art 79 Rz 21, 25; *Błeszyński* in: Barta, System Prawa Prywatnego 659 f; *K. Sarek,* Roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści, in: J. Jastrzębski (Hrsg), Odpowiedzialność odszkodowawcza (2007) 234; siehe auch auf der Grundlage des Urheberrechtsgesetzes 1952 *A. Kopff,* Roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści w prawie autorskim i wynalazczym a roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, in: Z. Radwański (Hrsg), Studia z prawa zobowiązań (1979) 24.

70 Mehr zu dieser Frage bei *Tischner* in: Targosz/Tischner, Komentarz do zmiany Rz 8 und der dort zitierten Literatur.

in keiner Weise Gewinn für den Eingreifer bringen soll[71]. Die Aufnahme dieser Ansprüche in das Recht des geistigen Eigentums ist ein eindeutiges Zeichen, dass sich der Gesetzgeber der Probleme unrechtmäßig erlangter Vorteile bewusst ist; das bedeutet jedoch nicht, dass in anderen Rechtsbereichen parallele Ansprüche automatisch anerkannt werden. Wie *Koziol* ausführt, wäre die Anerkennung eines neuen Anspruchstyps – ein allgemeiner Gewinnherausgabeanspruch, der eine Mischung aus Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch darstellt – ein kühner Schritt[72], der in Polen ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht möglich ist. Ungeachtet dessen ist die Anerkennung eines solchen Anspruches überlegenswert, insbesondere da *Koziols* Argumente sehr überzeugen. Als erster Schritt müsste untersucht werden, wie ein derartiger Anspruch in das bestehende System zum Schutz von Interessen passen würde. Die von *Koziol* vorgeschlagene Lösung, die auf der Lehre der Güterzuweisung basiert, setzt eine objektive Sorgfaltswidrigkeit voraus. Im Unterschied zum deutschen und österreichischen Recht des geistigen Eigentums, das grundsätzlich Verschulden des Eingreifers voraussetzt, damit der Geschädigte die Herausgabe des Gewinns verlangen kann, und das einen »Verwendungsanspruch« unabhängig vom Verschulden des Eingreifers gewährt, setzt das polnische Gesetz beim Gewinnherausgabeanspruch nur Rechtswidrigkeit voraus, während der »Verwendungsanspruch«, der eine Alternative zum Schadenersatzanspruch nach den allgemeinen Regeln des Zivilgesetzbuches darstellt, entweder Verschulden voraussetzt (Art 287 Gesetz über das gewerbliche Eigentum; Anspruch auf Verdreifachung des Entgelts [Art 79 Urheberrechtsgesetz], der allerdings kaum als Verwendungsanspruch bezeichnet werden kann, da auch Strafelemente enthalten sind) oder verschuldensunabhängig ist (atypischer »Verwendungsanspruch«, Anspruch auf Verdoppelung des Entgelts nach Art 79 Urheberrechtsgesetz). Die polnische Patentrechtsordnung scheint daher mit der Lehre von der Güterzuweisung nicht gut zusammenzupassen, da die Voraussetzungen für einen Anspruch in Fällen strenger sind, in denen die Rechtfertigung seitens des Geschädigten stärker ist. Das polnische Urheberrechtsgesetz harmoniert ebenfalls nicht mit dieser Doktrin, da für beide Ansprüche dieselben Voraussetzungen erfüllt sein müssen, obwohl die Rechtfertigung seitens des Geschädigten variiert. Alles in allem ist das polnische System nicht ganz konsequent – obgleich ein Grundsatz stets eingehalten wird: Für einen Gewinnherausgabeanspruch ist lediglich die Verletzung eines Rechts Voraussetzung. Es scheint daher unpassend, einen allgemeinen Gewinnherausgabeanspruch mit strengeren Voraussetzungen einzuführen, insbesondere da die Feststellung einer objektiven Sorgfaltswidrigkeit im Endeffekt der Feststellung von Verschulden gleichkommt (siehe unten Rz 3/118 f).

---

71 *Barta/Markiewicz* in: Barta/Markiewicz, Prawo autorskie, Kommentar zu Art 79, Rz 22.
72 Basic Questions I Rz 2/46.

VII. Schadenersatzansprüche

3/32 Für die Überwälzung eines Schadens vom Geschädigten auf eine andere Person bedarf es besonderer Gründe. Erstens muss der Andere den Schaden verursacht haben, oder die Schadensursache muss seiner Sphäre zuzurechnen sein. Zweitens müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein, wie Verschulden dieser Person, Verschulden oder rechtswidriges Verhalten einer anderen Person, für die er/sie haftet, oder die Existenz einer Sache oder Einrichtung im Herrschaftsbereich der betreffenden Person, die eine Gefährdung anderer darstellt.

3/33 Primäres Ziel des Schadenersatzrechts ist die Entschädigung des Opfers, wenngleich der Deliktshaftung eine gewisse Abschreckungsfunktion nicht abgesprochen wird. Auch der Strafcharakter spielt eine gewisse – beschränkte – Rolle; es sei jedoch betont, dass die Anerkennung desselben nicht zu einem über den erlittenen Schaden hinausgehenden Ersatz führen kann.

VIII. Strafschadenersatz

3/34 Strafschadenersatz wird in Polen nicht anerkannt. Berücksichtigt man die Grundprinzipien des polnischen Privatrechts, so scheint es äußerst unwahrscheinlich, dass sich das ändern wird. Als Ausnahme könnte man Art 79 Abschnitt (1)3b Urheberrechtsgesetz betrachten, nach dem der Urheber eines Werks vom schuldhaft handelnden Eingreifer in seine wirtschaftlichen Rechte das Dreifache des Betrages verlangen kann, der ihm als Entgelt für die erlaubte Nutzung zustünde (siehe oben Rz 3/29). In der einschlägigen Literatur findet man hiezu kritische Stimmen[73]. Obgleich, wie *Koziol* überzeugend dargelegt hat[74], die Verdoppelung des Autorenhonorars mit dem Ausgleichsgedanken vereinbar sein kann, gilt dies nicht für die Verdreifachung in Fällen schuldhafter Verletzungen.

IX. Versicherungsvertragsrecht

3/35 Bei einer Schadensversicherung sollte der Versicherte nicht mehr erhalten als den Ersatz des von ihm erlittenen Schadens. Erreicht wird das durch den heute am häufigsten gewählten Weg der Übertragung des Schadenersatzanspruches des Geschädigten auf den Versicherer im Umfang der erbrachten Versicherungsleistung.

---

73 *Barta/Markiewicz* in: Barta/Markiewicz, Prawo autorskie, Kommentar zu Art 79, Rz 18.

74 Basic Questions I Rz 2/57.

Wird der Schaden durch die Versicherungsleistung nicht zur Gänze abgedeckt, hat der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz für den restlichen Betrag Vorrang gegenüber dem Regressanspruch des Versicherers gegen den Schädiger (Art 828 § 1 KC). Haftpflichtversicherungen fördern einerseits die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts und mindern andererseits dessen abschreckende Wirkung, wobei letzterer Umstand hauptsächlich durch das Bonus-Malus-System wiederum abgeschwächt wird.

X. Sozialversicherungsrecht

Das polnische Sozialrecht, zu dem die Sozialversicherung und die Sozialhilfe gehören, verdrängt das Schadenersatzrecht nicht, sondern es bestehen beide Systeme nebeneinander. Der Geschädigte hat keinen Anspruch auf doppelten Ersatz, doch hat der Sozialversicherer grundsätzlich keinen Rückgriffsanspruch gegen den haftenden Schädiger. Wie das Oberste Gericht (Sąd Najwyższy, SN) festgestellt hat, gibt es im polnischen Recht nur eine Bestimmung, die ein Rückgriffsrecht in Zusammenhang mit Sozialversicherungsleistungen[75] explizit vorsieht, und das ist Art 70 Gesetz vom 25. Juni 1999 über Geldleistungen der Sozialversicherung bei Krankheit und Mutterschaft[76], nach der die Sozialversicherungsanstalt (Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ZUS) von jener Person, welche die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten verursacht hat, die Rückzahlung des dem Versicherten geleisteten Krankengeldes oder der Therapiebeihilfe fordern kann[77]. Zweck der Sozialhilfe ist es, Menschen und Familien dabei zu helfen, finanzielle Engpässe zu überwinden, die sie mit eigenen Mitteln nicht bewältigen können, ihre Anstrengungen zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse zu unterstützen, und ihnen die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen. Sozialhilfeleistungen werden gegen die vom Schädiger zu leistende Entschädigung nicht aufgerechnet[78]. In der einschlägigen Literatur wird anerkannt, dass Sozialversicherungsleistungen gegen den von der 3/36

75 SN Entscheidung vom 8.10.2010, III CZP 35/10, Orzecznictwo Sądu Najwyższego (OSN) Nr 2/2011, Pos 13 (siehe die Entscheidungsbegründung).

76 Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa, konsolidierter Text: Dz U 2010, Nr 77, Pos 512 mit späteren Änderungen.

77 ZUS darf nur dann Rückvergütung fordern, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten durch die vorsätzliche Straftat oder Ordnungswidrigkeit eines anderen verursacht worden ist.

78 SN Entscheidung vom 23.5.1986, IV CR 117/86, LEX Nr 8759; siehe auch *M. Kaliński* in: A. Olejniczak (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band VI. Prawo zobowiązań – część ogólna (2009) 166, wo festgestellt wird, dass solche Leistungen wie freiwillige Zuwendungen an den Verletzten behandelt werden sollen. Es entspricht deshalb dem Prinzip der »compensatio lucri cum damno«, dass sie nicht gegen den Schadenersatz aufgerechnet werden, den der Täter zahlen muss.

haftenden Person zu leistenden Ersatz aufgerechnet werden[79], allerdings macht die Judikatur die Aufrechnung im Einzelfall von der Art der Leistung abhängig[80]. So wird beispielsweise eine Pension aus dem Sozialversicherungsfonds[81] von der vom Schädiger zu leistenden Rente nach Art 444 § 2 oder Art 446 § 2 KC abgezogen (für nähere Informationen siehe Rz 3/161 f),[82] wohingegen die sogenannte Bestattungsbeihilfe[83] nicht gegen den gemäß Art 446 § 1 KC[84] zugesprochenen Schadenersatz aufgerechnet wird, weil diese Beihilfe primär eine soziale Funktion hat, keine entschädigende[85].

3/37 Das polnische Arbeitsunfallversicherungssystem, aus dem Leistungen erbracht werden, die im Gesetz über den Sozialversicherungsschutz bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von 2002 geregelt sind[86], verdrängt das Schadenersatzrecht nicht, sondern die beiden Systeme bestehen nebeneinander. Dem Sozialversicherer (Zakład Ubezpieczeń Społecznych) steht kein Rückgriffsrecht zu[87]. Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über den Ersatz von Personenschäden ergänzen das Versicherungssystem, wenn der vom Arbeitnehmer erlittene Schaden nicht von der Versicherung gedeckt ist[88]. Erleidet ein Arbeitnehmer einen Vermögensschaden durch einen Arbeitsunfall, hat der Arbeitgeber bestimmte Schäden (an persönlichen Gegenständen und Sachen, die für die Arbeit notwendig sind, ausgenommen Kraftfahrzeuge und Geld) nach Art 237^{1} Arbeitsgesetzbuch (kodeks pracy, KP) zu ersetzen. Andere Vermögensschäden werden nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs ersetzt[89].

---

79 SN Entscheidung vom 15. 5. 2009, III CZP 140/08, OSN Nr 10/2009, Pos 10 (siehe die Entscheidungsbegründung).

80 SN Entscheidung vom 15. 5. 2009, III CZP 140/08, OSN Nr 10/2009, Pos 10 (siehe die Entscheidungsbegründung).

81 Vgl Art 57 des Gesetzes über Pensionen aus dem Sozialversicherungsfonds (Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, konsolidierter Text: Dz U 2009, Nr 153, Pos 1227 mit späteren Änderungen).

82 Siehe ua SN Entscheidung vom 14. 10. 2004, I UK 4/04, OSN Nr 19/2005, Pos 306; SN Entscheidung vom 15. 5. 2009, III CZP 140/08, OSN Nr 10/2009, Pos 10; *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 163.

83 Art 77 des Gesetzes über Pensionen aus dem Sozialversicherungsfonds.

84 Wenn das Opfer an einer Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung stirbt, ist der Täter nach Art 446 § 1 KC verpflichtet, die Begräbniskosten jener Person zu erstatten, die diese Kosten auf sich genommen hat.

85 SN Entscheidung vom 15. 5. 2009, III CZP 140/08, OSN Nr 10/2009, Pos 10 (siehe die Entscheidungsbegründung); siehe auch die Entscheidungsbesprechung durch *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2009 (2010) 477 ff.

86 Gesetz vom 30. 10. 2002, konsolidierter Text Dz U 2009, Nr 167, Pos 1322 mit späteren Änderungen.

87 Mehr zum System und seinem Verhältnis zum Privatrecht bei *D. Dörre-Nowak,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Poland, in: K. Oliphant/G. Wagner (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 369 ff.

88 *J. Jończyk,* Ubezpieczenie wypadkowe, Państwo i Prawo (PiP) Nr 6/2003, 7.

89 *Dörre-Nowak* in: Oliphant/Wagner, Employers' Liability 391.

XI. Entschädigung von Verbrechens- und Katastrophenopfern

Das Gesetz von 2005 über die Staatliche Entschädigung von Opfern bestimmter Verbrechen[90] (im Folgenden UPK genannt) sieht Entschädigungszahlungen für polnische Staatsbürger und Staatsbürger eines anderen EU-Mitgliedsstaates vor, die aufgrund eines in Polen begangenen Verbrechens sterben oder schwere Körperverletzungen erleiden. Die Entschädigung soll Verluste von Einkommen oder anderen Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhalts ebenso wie Behandlungs-, Therapie- und Bestattungskosten ersetzen, ist jedoch betragsmäßig mit PLN 12,000 (rund EUR 3,000,–) sehr beschränkt (Art 6 UPK). Die Entschädigung wird nur geleistet, wenn und insoweit der Kläger keinen Ersatz für oben angeführte Kosten vom Täter, Versicherer, der Sozialhilfe oder aus einer anderen Quelle erhält. Leistet der Fiskus Ersatz nach den Bestimmungen des UPK, geht der Anspruch vom Geschädigten auf den Staat über, und der Fiskus erhält einen Regressanspruch gegen den Schädiger (Art 14); das Insolvenzrisiko des Schädigers trägt daher der Staat. 3/38

Dabei ist wichtig zu betonen, dass die Leistung des Ersatzes unabhängig davon erfolgt, ob der oder die Täter identifiziert, angeklagt oder verurteilt werden. Das Gesetz sieht zB den Ersatz auch im Falle des Todes des Beschuldigten explizit vor. Anders als in Österreich[91] wird kein Ersatz geleistet, wenn der Schädiger für seine Taten nicht einstehen muss, weil er nicht zurechnungsfähig war oder in Notwehr oder Notstand gehandelt hat. Das liegt daran, dass in diesen Fällen die Strafbarkeit ausgeschlossen ist und das UPK explizit regelt, dass selbst bei bereits eingeleitetem Strafverfahren kein Ersatz geleistet wird, wenn die Strafbarkeit gesetzlich ausgeschlossen ist (Art 7 § 2 UPK iVm Art 17 § 1 Z 2 Strafprozessordnung (kodeks postępowania karnego, KPK)[92]. 3/39

Eine dem österreichischen Katastrophenfonds vergleichbare Einrichtung gibt es in Polen nicht[93]; es werden *ad-hoc-Lösungen* bevorzugt. Das erscheint gewiss problematisch im Hinblick auf die Gleichbehandlung und wirft die Frage auf, warum man auf staatliche Hilfe nur hoffen darf, wenn eine große Zahl an Menschen von bestimmten Ereignissen betroffen ist. 3/40

90 Ustawa o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw. Gesetz vom 6.9.2005, Dz U 2005, Nr 169, Pos 1415. Ausführlicher zum Gesetz *L. Mazowiecka,* Państwowa kompensata dla ofiar przestępstw (2012).

91 Siehe *Koziols* Bemerkungen zu § 1 des österreichischen VOG in Basic Questions I Rz 2/78.

92 Gesetz vom 6.6.1997, Dz U 1997, Nr 89, Pos 555 mit späteren Änderungen.

93 Basic Questions I Rz 2/80.

XII. Abschöpfungsansprüche

3/41 Wie in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises besteht das Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung von Rechtsfolgen nicht nur im Schadenersatzrecht, und Abschöpfung zugunsten des Staates anstelle des Verkürzten ist dem polnischen Bereicherungsrecht nicht unbekannt. Nach Art 412 KC kann das Gericht den Verfall des Leistungsgegenstandes zugunsten der öffentlichen Hand anordnen, wenn die Leistung im Gegenzug zu einer gesetzlich verbotenen Handlung erfolgte oder unehrenhafte Ziele verfolgte. Betont werden soll, dass das Gericht den Verfall anordnen kann, aber nicht muss, und dass im Unterschied zur Vorteilsherausgabepflicht in den allgemeinen Bestimmungen zum Bereicherungsrecht der Verfall auch dann angeordnet werden kann, wenn der Bereicherte gar nicht mehr bereichert ist.

3/42 Wie die Strafgesetzbücher des deutschen Rechtskreises ordnet auch das polnische (kodeks karny, KK)[94] den Verfall durch die Straftat erlangter Güter an (Art 44, 45 KK), es sei denn, das Gut ist dem Geschädigten oder einer anderen berechtigten Person zurückzugeben. Eine vergleichbare Bestimmung enthält auch das Finanzstrafgesetzbuch (kodeks karny skarbowy, KKS)[95] (siehe ua Art 22 § 2 KKS; Art 29 (1) KKS).

XIII. Strafrecht

3/43 Dass die Ziele des Schadenersatzrechts sich von jenen des Strafrechts grundlegend unterscheiden, ist eine Binsenweisheit. Obgleich das Strafrecht im Unterschied zum Schadenersatzrecht nicht auf den Ersatz erlittener Schäden *gerichtet* ist, ist der Begriff der Restitution dem Strafrecht nicht fremd, woraus sich – wie *Koziol* formuliert – eine gewisse Interdependenz[96] der beiden Rechtsbereiche ergibt.

3/44 Die Ausgleichsfunktion wurde mit dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches im Jahr 1997 betont, denn in diesem wurde die Position von Opfern von Straftaten gestärkt; Straftaten wurden nicht mehr hauptsächlich als Konflikt zwischen Täter und Gesellschaft betrachtet, sondern auch als Konflikt zwischen Täter und Opfer[97]. Wie *Zoll* und *Wróbel* aufzeigen, ist die Ausgleichsfunktion eng mit der Gerechtigkeitsfunktion verknüpft und kommt besonders deutlich im Rahmen der

94 Gesetz vom 6.6.1997, Dz U 1997, Nr 88, Pos 553 mit späteren Änderungen.
95 Gesetz vom 10.9.1999, konsolidierter Text, Dz U 2007, Nr 111, Pos 765 mit späteren Änderungen.
96 Basic Questions I Rz 2/85.
97 *J. Giezek* in: M. Bojarski (Hrsg), Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna (2012) 29.

restaurativen Gerechtigkeit zum Ausdruck. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, zielt das Strafrecht darauf ab, die aufgrund einer Straftat entstandene Spannung innerhalb der Gesellschaft abzubauen; zu diesem Zweck soll der Täter den von ihm zugefügten Schaden ersetzen. Das Strafrecht sollte daher nicht nur den Täter bestrafen, sondern auch die Wiedergutmachung von ihm verursachter Schäden sicherstellen[98]. Es kennt daher bestimmte Strafmaßnahmen, die deutlich eine Ausgleichsfunktion erfüllen; diese sind »obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę« (die Pflicht, Schadenersatz oder Schmerzengeld zu leisten) (Art 46 § 1 KK) und »nawiązka« (Art 46 § 2 KK), ein de facto Pauschalersatz, der alternativ zu dieser Pflicht angeordnet werden kann[99]. Es wurde viel darüber diskutiert, ob die gemäß 46 KK auferlegte Schadenersatzpflicht von der Kfz-Haftpflichtversicherung des Täters abgedeckt werden soll[100].

Vom Täter geleisteter Schadenersatz kann einen außerordentlichen Milde- **3/45**
rungsgrund bilden (Art 60 § 2 (1) KK), und im Finanzstrafverfahren ist die volle Bezahlung zu leistender öffentlich-rechtlichen Abgaben eine Bedingung für die Annulierung der Strafbarkeit (in Fällen von Abgabenverkürzung; Art 16 § 2 KKS).

Die Interdependenz von Schadenersatzrecht und Strafrecht zeigt sich auch da- **3/46**
rin, dass die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung für die Verschuldenshaftung in der Verletzung einer strafrechtlichen Bestimmung bestehen kann.

---

98 *W. Wróbel/A. Zoll,* Polskie prawo karne (2010) 45 f.

99 *A. Marek,* Prawo karne (2006) 287 f.

100 Siehe dazu *M. Bączyk/B. Janiszewska,* Obowiązkowe ubezpieczenie komunikacyjne a prawnokarny obowiązek naprawienia szkody, Przegląd Sądowy Nr 110/2006; *Ludwichowska,* Odpowiedzialnośc cywilna 300 ff; SN Entscheidung vom 21.12.2006 (III CZP 129/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna (OSNC) Nr 10/2007, Pos 151), wo es das Gericht für unzulässig erachtete, dass der Täter eine an das Opfer bezahlte »nawiązka« von seiner Haftpflichtversicherung refundiert erhielt (ausführlicher zu diesem Fall *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B. C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2007 [2008] 459 ff); SN Entscheidung vom 13. 7. 2011 (III CZP 31/11, OSNC Nr 3/2012, Pos 29), in welcher das Gericht feststellte, dass der für einen Verkehrsunfall Verantwortliche, dem gemäß Art 46 § 1 KK eine Schadenersatzpflicht auferlegt wurde, von seinem Haftpflichtversicherer die Refundierung der an den Verletzten geleisteten Zahlung verlangen konnte.

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

3/47 In der polnischen Literatur werden die folgenden drei Hauptfunktionen des Schadenersatzrechts unterschieden: Ausgleichsfunktion, Präventivfunktion und Sanktionsfunktion[101].

I. Ausgleichsfunktion

3/48 Es ist unbestritten, dass die Hauptfunktion des Schadenersatzrechts im Ausgleich erlittener Schäden liegt. Es gilt der Grundsatz der vollen Wiedergutmachung, der in Art 361 § 2 KC geregelt ist; er besagt, dass, sofern nicht gesetzlich oder vertraglich anders festgelegt, der Schadenersatz sowohl Verluste als auch entgangene Gewinne umfasst (siehe auch unten Rz 3/157). Art 363 § 2 KC, der regelt, dass sich die Höhe des zu leistenden Ersatzes nach den Preisen am Tag seiner Berechnung richtet[102], und der Grundsatz »compensatio lucri cum damno« bringen ebenfalls die Ausgleichsfunktion zum Ausdruck. Natürlich gibt es Ausnahmen vom Prinzip der »restitutio in integrum«; so kann zB gemäß Art 440 KC (siehe unten Rz 3/164) im Einzelfall die Höhe des Betrages herabgesetzt werden, wenn dies die Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft angesichts der finanziellen Situation des Geschädigten oder des Schädigers, sofern diese natürliche Personen sind, erfordern; Art 114 ff KP reduzieren die Haftung eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber auf den tatsächlich erlittenen Schaden und beschränken die Ersatzleistung überdies auf das dreifache Monatsgehalt des Arbeitnehmers (siehe auch unten Rz 3/158)[103]. Die Ausgleichsfunktion spielt auch bei immateriellen

---

101 Siehe ua *A. Szpunar,* Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej, PiP Nr 1/2003, 17 ff; *A. Śmieja* in: S. Wójcik (Hrsg), Prace cywilistyczne (1990) 327; *T. Pajor,* Przemiany w funkcjach odpowiedzialności cywilnej, in: Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu (1994) 297.

102 Es sei denn, besondere Umstände (wie zB dass der Geschädigte den Schaden selbst behoben hat) verlangen, dass Preise, die zu einem anderen Zeitpunkt gelten, als Bewertungsgrundlage herangezogen werden; diese Regel wird in Art 363 § 2 aufgestellt und dient ebenfalls dem Zweck des Ausgleichs.

103 Weitere Ausführungen zum Prinzip des vollen Ausgleichs bei *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Zasada pełnego odszkodowania – mity i rzeczywistość, in: L. Ogiegło/W. Popiołek/M. Szpunar (Hrsg), Rozprawy prawnicze: księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana (2005) 1069 ff.

Schäden eine entscheidende Rolle[104]. Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass diese Funktion des Schmerzengeldes auch die Genugtuungsgefühle des Opfers abdeckt, indem das Rechtssystem auf die Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte reagiert[105]. Sie meinen, dieses Genugtuungsgefühl bedeute, dass die Ausgleichsfunktion auch dann erfüllt sei, wenn der Geschädigte die Widmung eines Teils des entsprechenden Geldbetrages für soziale Zwecke fordert[106].

II. Präventiv- und Rechtsfortsetzungsfunktion

Die Präventivfunktion der Deliktshaftung[107] ist nur sekundär. In der Literatur wird **3/49** mehrheitlich vertreten, dass sie im Bereich der Verschuldenshaftung eine Rolle spielt, während ihr bei der verschuldensunabhängigen Haftung nur minimale oder überhaupt keine Bedeutung zukommt[108]. Gelegentlich wird aber auch die Ansicht vertreten, dass ebenso die verschuldensunabhängige Haftung eine Präventivfunktion erfüllt[109].

Der Rechtfortsetzungsgedanke findet sich im polnischen Recht insoweit, als **3/50** die objektiv-abstrakte Schadensbemessung anerkannt ist (siehe unten Rz 3/71 f).

104 Siehe ua *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 23; *derselbe,* Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową (1999) 78 ff; *A. Ohanowicz/J. Górski,* Zarys prawa zobowiązań (1970) 67; SN Entscheidung vom 8.12.1973, III CZP 37/73, OSNC Nr 9/1974, Pos 145; SN Entscheidung vom 30.1.2004, I CK 131/03, OSNC Nr 2/2005, Pos 40 (siehe den Kommentar zur Entscheidung durch *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B. C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2005 [2006] 460 ff).

105 *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 24; *derselbe,* Zadośćuczynienie 79; *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 703.

106 *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 23; *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 702 f; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 266. Gemäß Art 448 KC kann das Gericht bei Verletzung eines Persönlichkeitsrechts (die Bestimmung spricht von einer Verletzung von *»dobro osobiste«;* zum Begriff »dobra osobiste« siehe oben FN 29) dem Verletzten eine angemessene Summe Geldes als Ersatz immateriellen Schadens zusprechen oder auf Antrag des Verletzten einen angemessenen Betrag für einen sozialen Zweck bestimmen, unbeschadet anderer Mittel, die erforderlich sein können, um die Wirkungen der Verletzung zu beseitigen.

107 Diese muss, wie mehrere Autoren betonen, als Spezialprävention, nicht als Generalprävention verstanden werden; siehe ua *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 22.

108 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 73; *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 22. *Śmieja* betont hingegen, dass Haftung in allen Fällen, in denen den Täter Verschulden trifft, eine Abschreckungsfunktion erfüllt, gleichgültig, ob Verschulden eine Haftungsvoraussetzung bildet: *Śmieja* in: Wójcik, Prace cywilistyczne 331 f.

109 *W. Warkałło,* Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice (1972) 211 f.

III. Sanktionsfunktion

3/51 Es wird betont, dass die Verminderung des Vermögens des Täters in Verbindung mit der Verpflichtung, Schäden zu ersetzen, Sanktion sein soll, doch der Sanktionsgedanke des Schadenersatzrechts spielt nur eine sekundäre Rolle[110] und wird im Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung gänzlich abgelehnt[111]. *Szpunar,* einer der anerkanntesten polnischen Privatrechtsprofessoren, und einige andere Autoren weisen darauf hin, dass der Vergeltungsgedanke mit den Grundsätzen der zivilrechtlichen Haftung kaum vereinbar ist. *Szpunar* betont auch, dass sich das ändert, wenn Sanktionskomponenten nicht für sich allein bestehen, sondern mit Elementen wie Ausgleich oder Prävention zusammentreffen[112]. Man kann also sagen, dass im polnischen Privatrecht Strafe nur als Nebenprodukt des Schadensausgleichs oder als Voraussetzung für die abschreckende Wirkung der Deliktshaftung akzeptiert wird[113]. Der abhängige Charakter von Strafelementen wird auch dadurch deutlich, dass im Deliktsrecht keine »echte« Strafe, dh eine Strafe, die über den Zweck der Kompensation hinausgeht, verhängt werden kann[114]. Unabhängig davon, wie hoch der Grad des Verschuldens ist, kann doch nie mehr an Ersatz zugesprochen werden, als der Schaden beträgt[115]. Eine Sanktionsfunktion ist bekanntlich dem Ersatz für immaterielle Schäden zugeschrieben worden, doch – wie bereits dargestellt wurde – soll dieser Ersatz den Verlust ausgleichen und nicht den Täter bestrafen. Wird bei Vorliegen schweren Verschuldens ein höherer Betrag zugesprochen, dann geschieht dies nicht zum Zwecke der Bestrafung, sondern weil in solchen Fällen immaterielle Schäden dazu tendieren, höher zu sein[116].

110 *T. Dybowski* in: Z. Radwański (Hrsg), System Prawa Cywilnego. Band III, Teil 1. Prawo zobowiązań – część ogólna (1981) 210.

111 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 74. *Kaliński* weist darauf hin, dass Strafelemente auch dann eine Rolle spielen können, wenn das Verhalten des Täters rechtswidrig, aber nicht schuldhaft ist.

112 *Szpunar,* PiP Nr 1/2003, 23.

113 *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 362; *derselbe* in: Wójcik, Prace cywilistyczne 330.

114 Vgl Basic Questions I Rz 3/13.

115 Vgl *W. Warkałło,* Gradacja winy a obowiązek naprawienia szkody w świetle przepisów kodeksu cywilnego, Studia Prawnicze (SP) Nr 26-27/1970, 292.

116 Siehe ua *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 70. Dagegen betonen *Nesterowicz* und *Bagińska,* dass bei grobem Verschulden des Täters, und insbesondere bei dessen strafrechtswidrigem Verhalten, der Ersatz immateriellen Schadens auch eine Straffunktion erfüllen sollte; siehe *E. Bagińska/M. Nesterowicz,* Poland, in: B. Winiger/H. Koziol/B. A. Koch/R. Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law, Band II: Essential Cases on Damage (2011) 594 f. (Kommentar zu einem Fall medizinischer Fehlbehandlung).

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

I. Delikt, Vertragsverletzung und Zwischenbereich

Das polnische Recht trennt klar Delikte (Art 415 ff KC) von Vertragsverletzungen (Art 471 ff KC). Ähnlich wie im deutschen Recht gibt es formal keinen Zwischenbereich; im Unterschied zum deutschen Recht werden nach herrschender Lehre Verletzungen vorvertraglicher Pflichten dem Deliktsrecht zugeordnet[117], obwohl gleichzeitig anerkannt ist, dass »culpa in contrahendo«[118] in bestimmten Fällen in der Verletzung eines bestehenden Schuldverhältnisses bestehen kann[119]. Es sei jedoch angemerkt, dass eine abweichende Meinung »culpa in contrahendo« als Sonderbereich klassifiziert, der weder dem Delikts- noch dem Vertragsrecht zuzuordnen sei[120]. 3/52

Die Bestimmungen zur Kausalität, dem Umfang und den Arten des Schadenersatzes (Art 361–363 KC) gelten für das Delikts- und das Vertragsrecht. Nach herrschender Ansicht ist auch Art 355 KC, der die Sorgfaltspflicht des Schuldners regelt, auf beide Bereiche anwendbar (siehe auch Rz 3/117). 3/53

Unterschiede zwischen Deliktsrecht und Vertragsverletzungsrecht bestehen vor allem bei der Beweislast bezüglich des Verschuldens, bei der Gehilfenhaftung, bei der Verjährung und bezüglich des ersatzfähigen Schadens. 3/54

117 Siehe ua *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 138; *A. Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie (1998) 49; SN Entscheidung (Siebenrichtersenat) vom 28.9.1990, III CZP 33/90, OSNC Nr 1/1991, Pos 3.

118 Die grundlegende Bestimmung des Zivilgesetzbuchs bezüglich »culpa in contrahendo« ist Art 72 § 2 KC, nach dem eine Partei, die Verhandlungen »contra bonos mores« begonnen oder durchgeführt hat, insbesondere ohne die Absicht, den Vertrag abzuschließen, verpflichtet ist, der anderen Partei den Schaden zu ersetzen, den diese dadurch erlitten hat, dass sie auf den Abschluss des Vertrages vertraut hat.

119 Siehe *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 139, die als Beispiel die Verletzung einer Rahmenvereinbarung anführen. Das Bestehen einer Verpflichtung wird auch im Fall des Art 72[1] KC anerkannt, der die Verletzung einer Pflicht behandelt, vertrauliche Informationen nicht zu veröffentlichen oder an Dritte weiterzugeben; siehe ua *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 139; *M. Krajewski* in: E. Łętowska (Hrsg), System Prawa Prywatnego. Band V. Prawo zobowiązań – część ogólna (2006) 721.

120 *P. Sobolewski,* Culpa in contrahendo – odpowiedzialność deliktowa czy kontraktowa?, Przegląd Prawa Handlowego Nr 4/2005, 28; *D. Zawistowski,* Wina w kontraktowaniu (culpa in contrahendo) na tle zmian w kodeksie cywilnym, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CCLXXXIX (2004) 287.

3/55 Nach Art 471 KC ist der Schuldner zum Ersatz des durch die Nicht-Erfüllung oder mangelhafte Erfüllung eines Schuldverhältnisses verursachten Schadens verpflichtet, es sei denn, diese ist auf Umstände zurückzuführen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. In Verbindung mit Art 472 KC bedeutet das, dass der Schuldner nicht haftet, wenn bewiesen werden kann, dass er mit der gebührenden Sorgfalt gehandelt hat[121]. Die Beweislast wird daher im Vergleich zum Deliktsrecht, wo der Geschädigte alle Haftungsvoraussetzungen, auch das Verschulden des Schädigers, beweisen muss, umgekehrt[122].

3/56 Im Vertragsrecht hat der Geschäftsherr umfassend für das Handeln von Hilfspersonen einzustehen, denen er die Erfüllung seiner Verpflichtungen anvertraut (siehe unten Rz 3/122)[123]. Im Deliktsrecht ist die Haftung für Gehilfen, die unter der Aufsicht des Geschäftsherrn stehen, unabhängig vom Verschulden des Geschäftsherrn, doch muss Verschulden des Gehilfen vorliegen (Art 430 KC); bei Dritten, die ihnen übertragene Aufgaben eigenständig ausführen, wird als Haftungsgrundlage des Geschäftsherrn *culpa in eligendo* angenommen (Art 429) (siehe Rz 3/123ff). Die Gehilfenhaftung des Geschäftsherrn ist im Vertragsrecht demnach strenger als im Deliktsrecht.

3/57 Verjährungsfristen sind im Vertragsrecht im Allgemeinen kürzer als im Deliktsrecht (zur Verjährung im Deliktsrecht siehe Teil 9).

3/58 Obwohl das polnische Zivilgesetzbuch keine vergleichbare Bestimmung zu Art 157 § 3 seines Vorgängers, des Schuldrechtsgesetzbuches (kodeks zobowiązań; im Folgenden KZ genannt)[124] enthält, ist es traditionelle und noch immer herrschende Lehre, dass Ersatz für immaterielle Schäden nur in gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen zugesprochen werden darf – also nur im Bereich der Deliktshaftung[125]. Diese Ansicht findet Bestätigung in der Systematik des Zivilgesetzbuches, da sich die Bestimmungen zum Ersatz ideeller Schäden (siehe unten Rz 3/64) im Abschnitt »Unerlaubte Handlungen« befinden. Aus dem oben Gesagten folgt, dass eine Zuerkennung von Schmerzengeld bei Nicht-Erfüllung oder

121 Wenn durch Gesetz oder Rechtsgeschäft nichts anderes verfügt wird, haftet gemäß Art 472 KC der Schuldner für die Nichteinhaltung der gebotenen Sorgfalt.

122 Von dieser Regel gibt es Ausnahmen, da Haftung auch auf vermutetes Verschulden gegründet werden kann (zB Art 427 KC).

123 Art 474 KC verfügt, dass er für ihre Handlungen und Unterlassungen ebenso haftbar ist wie für seine eigenen.

124 Verordnung vom 27.10.1933, Dz U Nr 82/1933, Pos 598. Nach Art 157 § 3 KZ konnte in gesetzlich vorgesehenen Fällen der Geschädigte unabhängig von Ersatz für materiellen Schaden auch Schmerzengeld verlangen.

125 Siehe ua *A. Szpunar,* Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym (1975) 87; *derselbe,* Zadośćuczynienie 74; *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Non-Pecuniary Loss under Polish Law, in: W.V. Horton Rogers (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001) 173. Eine wichtige Ausnahme bildet Entschädigung für entgangene Urlaubsfreude, deren Zulassung durch EU-Rechtsprechung erzwungen wurde (siehe unten Rz 3/69).

mangelhafter Erfüllung eines Schuldverhältnisses daher nur möglich ist, wenn die Nicht-Erfüllung oder mangelhafte Erfüllung gleichzeitig ein Delikt darstellt[126]; aus diesem Grund und wegen der längeren Verjährungsfristen im Deliktsrecht sind die Gerichte geneigt anzunehmen, dass dies der Fall ist. Kritiker bezeichnen das als überschießend und betonen eine Selbstverständlichkeit: ein Delikt liegt nur dann vor, wenn eine Verletzung einer Pflicht vorliegt, die für jeden gilt und die von jedermann verletzt werden kann, unabhängig davon, ob ihn mit dem Geschädigten ein vertragliches Verhältnis verbindet[127]. Gleichzeitig wird in der Literatur angeregt, das Gesetz zu ändern und Ersatz für ideelle Schäden nicht auf die deliktische Haftung zu beschränken[128]. Diese Kritik fließt auch in die Tätigkeit der Kommission zur Kodifizierung des Privatrechts ein, die einen Entwurf für ein neues Zivilgesetzbuch ausarbeitet. Die Kommission plant die Einführung des Ersatzes für ideelle Schäden aufgrund Nicht- oder mangelhafter Erfüllung eines Schuldverhältnisses, soweit der Ersatz nach dem Wesen des Schuldverhältnisses gerechtfertigt ist, weil dieses auf die Befriedigung eines immateriellen Interesses des Gläubigers zielt[129]. Einige Autoren sind der Ansicht, dass Ersatz für ideelle Schäden im vertraglichen Bereich *de lege lata* möglich ist, wenn die Nicht- oder mangelhafte Erfüllung zu einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung führt, dh bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten, die im Art 445 KC angezeigt werden (siehe unten Rz 3/64)[130]. Nach einer noch weiter reichenden Ansicht können die Art 445 und 448 KC[131] mutatis mutandis im Bereich der vertraglichen Haftung angewendet werden, was wiederum bedeutet, dass bei Verletzung aller Persönlichkeitsrechte Ersatz für ideelle Schäden aus Vertrag möglich ist[132]. Angemerkt sei, dass Art 242 KZ ausdrücklich festgelegt hatte, dass die deliktsrechtlichen Bestimmungen zum Schadenersatz mutatis mutandis auf Verträge anwendbar sind, wodurch es de facto möglich war, eine Haftung aus Vertrag zu begründen

126 Siehe ua SN Entscheidung vom 25.2.1986, III CZP 2/86, OSNC Rz 1/1987, Pos 10; vgl die Bemerkungen zu konkurrierenden Ansprüchen (siehe unten Rz 3/59).

127 Siehe ua *W. Robaczyński/P. Księżak,* Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jako czyn niedozwolony, in: M. Nesterowicz (Hrsg), Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym (2012) 334 ff.

128 Siehe ua *M. Nesterowicz,* Zadośćuczynienie pieniężne in contractu i przy zbiegu z odpowiedzialnością ex delicto, PiP Nr 1/2007, 30 f.

129 Siehe die Begründung der Entscheidung des Obersten Gerichts vom 19.11.2010, III CZP 79/10, OSNC Nr 4/2011, Pos 41.

130 Siehe ua *Robaczyński/Księżak* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 339. Gerichte haben diese Lösung angenommen und bei Verletzung eines Urlaubsvertrags immateriellen Schadenersatz zugesprochen (mehr dazu *M. Nesterowicz,* Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa, uwagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa, PiP Nr 1/1999, 22).

131 Zum Wortlaut des Art 448 KC siehe FN 106.

132 *M. Safjan,* Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu, in: M. Pyziak-Szafnicka (Hrsg), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara (2004) 275 f; dazu auch *E. Łętowska,* Zbieg norm w prawie cywilnym (2002) 94.

und gleichzeitig Ersatz für ideelle Schäden zuzusprechen[133]; im Zivilgesetzbuch ist allerdings keine vergleichbare Bestimmung enthalten.

II. Das Problem der Anspruchskonkurrenz

3/59 Im polnischen Recht wird davon ausgegangen, dass vertragliche und deliktische Ansprüche unabhängig voneinander bestehen. Nach Art 443 KC »schließt die Tatsache, dass eine schadensverursachende Handlung oder Unterlassung die Nicht-Erfüllung oder mangelhafte Erfüllung eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses darstellt, einen deliktischen Schadenersatzanspruch nicht aus, soweit im Schuldverhältnis nichts anderes bestimmt wird«[134]. Es wird angenommen, dass der Geschädigte aufgrund dieser Bestimmung die Haftungsgrundlage wählen kann und nach herrschender Ansicht können die Haftungsregeln nicht »gemischt« werden[135]. Mit anderen Worten: der Anspruch ist entweder deliktisch oder vertraglich – mit allen Konsequenzen, die sich daraus ergeben. In diesem Zusammenhang stellt *Łętowska* fest, dass es zwar keinen »Hybrid-Anspruch« mit gemischten deliktischen und vertraglichen Voraussetzungen geben kann, allerdings die Möglichkeit, einen vertraglichen Schadenersatzanspruch mit einem Anspruch auf Ersatz materieller und ideeller Schäden zu ergänzen, nicht von vornherein negiert werden darf.[136] Nach *Ohanowicz* ist es möglich, Ansprüche, die einander nicht überschneiden, zu kumulieren, sodass beispielsweise ein Geschädigter, der sich für die Haftung aus Vertrag entscheidet, gleichzeitig berechtigt ist, Ersatz für ideelle Schäden zu erlangen, wenn die Voraussetzungen für die deliktische Haftung für einen solchen Schaden erfüllt sind[137]. Die Judikatur hat es bekanntlich im Bereich des Reiserechts nicht geschafft, sich an die Anforderung der »Reinheit von Haftungsregimen« zu halten[138]. So hatte nach einer Entscheidung des Obersten Gerichts aus März 1968 ein polnischer Reiseveranstalter für die Fahrlässigkeit des bulgarischen Gesundheitsdienstes zu haften, die zum Tod eines Urlaubers führte.

---

133 Siehe ua SN Entscheidung vom 6.7.1966, I CR 134/64, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych (OSPiKA) Nr 7-8/1967, Pos 183.

134 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 197).

135 Siehe ua *W. Czachórski,* Odpowiedzialność deliktowa i jej stosunek do odpowiedzialności kontraktowej wg k.c., Nowe Prawo (NP) Nr 10/1964, 958; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 389; *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 659; *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2006 (2008) 383; SN Entscheidung vom 26.9.2003, IV CK 8/02, OSNC Nr 11/2004, Pos 180 (siehe den Kommentar zur Entscheidung von *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B.C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2004 [2005] 470 ff).

136 *Łętowska,* Zbieg norm 96.

137 *A. Ohanowicz,* Zbieg norm w polskim prawie cywilnym (1963) 114.

138 Mehr zu diesem Problem bei *Nesterowicz,* PiP Nr 1/1999, 22 f.

Grundlage dafür waren die Bestimmungen zur vertraglichen Gehilfenhaftung[139]. Gleichzeitig wurden den nächsten Angehörigen des Verstorbenen eine Rente sowie Ersatz für den erheblich verschlechterten Lebensstandard auf Grundlage der Deliktshaftung zugesprochen[140].

Aus dem oben Gesagten folgt, dass dem polnischen Recht der Grundsatz der einheitlichen Anspruchsgrundlage fremd ist[141]. Wenngleich die Idee, Gesamtregelungen zu schaffen, welche die Grundsätze der deliktischen und der vertraglichen Haftung kombinieren und besonders für Spezialfälle im Zwischenbereich oder für Sachverhalte, in denen eine Vertragsverletzung auch ein Delikt verwirklicht, bestimmt sind[142], schon allein wegen ihrer Flexibilität sehr vernünftig und begrüßenswert wäre, ist es kaum vorstellbar, dass sie in Polen Unterstützung finden würde – zumindest nicht in absehbarer Zeit. Die Verbundenheit mit dem traditionellen Dualismus der Haftungsregime und den starren Regeln statt beweglicher Lösungen ist stark. Um *Koziols* Worte zu verwenden[143], man kann von einer »Leugnung des Zwischenbereichs« sprechen, weshalb jeder Sachverhalt entweder den vertragsrechtlichen oder den deliktsrechtlichen Regeln (oder beiden, mit Wahlmöglichkeit; siehe oben Rz 3/59) zugeordnet wird, nicht jedoch einem »Zwischenbereich« (siehe oben Rz 3/52). Aus diesem Grund wird beispielsweise, wie oben erwähnt, die Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (culpa in contrahendo) als Delikt betrachtet[144]. Wie bereits festgestellt, ist das »Mischen und Anpassen« von Haftungsregimen in Fällen, in denen eine Vertragsverletzung gleichzeitig ein Delikt verwirklicht, nicht zulässig. Eher als es zu akzeptieren, ziehen Rechtswissenschafter es vor, Rechtsänderungen vorzuschlagen oder das Gesetz anders auszulegen und zB Ersatz für ideelle Schäden auch in die Vertragshaftung aufzunehmen. Zwar wurde das Festhalten an der Dichotomie von Haftungsregeln in letzter Zeit in Frage gestellt, doch hat der Vorschlag, davon abzugehen, keine breite Unterstützung gefunden. Der Vorschlag betrifft zudem nicht die Ausarbeitung von kombinierten Regeln auf Grundlage der Intensität des Verhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem, sondern die Einführung eines monistischen Systems mit unterschiedlichen Haftungsregeln für besondere Fälle, wobei die **3/60**

139 Die Annahme, dass die Haftung des Reiseveranstalters für Gehilfen vertraglich sei, machte es diesem unmöglich, sich von der Haftung mit der Begründung zu befreien, dass die Erfüllung einem Fachmann anvertraut war; eine solche Befreiung wäre möglich gewesen, wenn das Gericht Art 429 KC als Haftungsgrundlage herangezogen hätte, in dem die deliktische Haftung für Gehilfen behandelt wird.

140 SN Entscheidung vom 28.3.1968, I CR 64/68, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego (PUG) Nr 4/1969, 137.

141 Basic Questions I Rz 4/19.

142 Basic Questions I Rz 4/18 ff.

143 Basic Questions I Rz 4/3.

144 Siehe oben Rz 3/52.

unterschiedlichen Regelungen entweder durch Eigenschaften des Täters oder durch die Umstände der Schadenszufügung zu rechtfertigen sind[145].

145 *J. M. Kondek,* Jedność czy wielość reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim – przyczynek do dyskusji *de lege ferenda,* in: Studia Iuridica XLVII/2007, 161 ff.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Schaden

A. Einleitung

Wie in den meisten Rechtsordnungen wird auch im polnischen Recht der Begriff **3/61**
»Schaden« nicht definiert. Es wurde vorgebracht, dass eine solche Definition nicht erforderlich war, da der Begriff in der Alltagssprache ausreichend klar sei[146]. Es muss nicht dazugesagt werden, dass eine *natürliche* Definition für die Zwecke des Schadenersatzrechts nicht ausreichend ist, da nicht jede Art erlittenen Schadens von Bedeutung ist, sondern nur jener, der als ersatzfähig gilt[147]. Außerdem hat der Begriff »Schaden« in der Alltagssprache mehrere Bedeutungen[148], wohingegen in der Rechtssprache Präzision erforderlich ist. In der Lehre wird (ersatzfähiger) Schaden üblicherweise als Beeinträchtigung rechtlich geschützter Rechte oder Interessen bezeichnet[149]. Eine häufig hinzugefügte Komponente ist, dass Schaden eine Beeinträchtigung bedeutet, die eine Person *gegen ihren Willen* erleidet[150]; dies ist jedoch strittig[151].

Zum Sonderproblem des Schadens an der Umwelt als Allgemeingut ist zu sa- **3/62**
gen[152], dass das Konzept grundsätzlich anerkannt ist. Wenn rechtswidriges Verhalten einen solchen Schaden zu verursachen droht oder bereits verursacht hat, können der Fiskus, eine lokale Selbstverwaltungseinheit oder eine Umweltschutzorganisation verlangen, dass der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt wird und präventive Maßnahmen vom Schädiger ergriffen werden[153].

146 *Czachórski,* Prawo zobowiązań 118; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 213; *Ohanowicz/Górski,* Zarys 46.

147 Siehe ua *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 214 f.

148 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 77.

149 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 90; *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 41; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 226.

150 Siehe ua *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 36; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 90.

151 *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1338; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 216. SN Entscheidung vom 25.1.2007, V CSK 423/06, LEX Nr 277311.

152 Siehe Basic Questions I Rz 5/5.

153 Siehe Art 323 § 2 Umweltschutzgesetz (Prawo ochrony środowiska. Gesetz vom 27.4.2001, konsolidierter Text Dz U Nr 25/2008, Pos 150 mit späteren Änderungen). Mehr zu diesem Problem bei *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 54.

B. Materieller und immaterieller Schaden

1. Allgemeines

3/63 Abhängig davon, welche Interessen beeinträchtigt sind, erleidet der Geschädigte entweder materiellen oder immateriellen Schaden. Materielle Schäden werden als Beeinträchtigungen von Gütern oder Interessen, die einen Geldwert haben, definiert[154]; immaterielle Schäden sind Beeinträchtigungen, die nicht das Vermögen des Geschädigten betreffen[155]. Nach einer Mindermeinung sind ideelle Schäden losgelöst vom Schadensbegriff zu sehen, und die Schadenersatzbestimmungen seien auf sie nur mutatis mutandis anzuwenden; der Begriff »Schaden« beziehe sich demnach nur auf Vermögensschäden[156]. Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Lehre sind jedoch sowohl materielle als auch immaterielle Schäden Unterkategorien des Schadensbegriffes[157].

2. Die Besonderheiten ideeller Schäden

3/64 Wie bereits erwähnt wurde[158], gehört die polnische Rechtsordnung zu jenen Rechtssystemen, die bei der Gewährung von Ersatz für ideelle Schäden restriktiv vorgehen. Das Zivilgesetzbuch sieht Ersatz für ideelle Schäden nur vor, wenn dem Geschädigten eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung zugefügt wurde (unabhängig davon, ob die Haftung verschuldensabhängig oder -unabhängig ist) (Art 445 KC), ein schuldhafter Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht vorliegt (Art 448 in Verbindung mit Art 24 § 1 KC) und beim Tod eines »nächsten Familienangehörigen« (Trauerschaden; Art 446 § 4 KC). Der Zuspruch von Ersatz ideeller Schäden liegt im Ermessen des Gerichts und ist nicht zwingend. Es ist jedoch gemeinhin anerkannt, dass »Ermessen« nicht mit völliger Freiheit gleichzusetzen ist, und Ersatz nur auf der Basis objektiv überprüfbarer Kriterien verweigert werden kann[159]. Eine Verweigerung wäre gerechtfertigt, wenn kein immaterieller Schaden erlitten wurde oder der Schaden unbedeutend ist[160].

3/65 Wie *Koziol* betont, wird auf Grund der Schwierigkeit der Feststellung, ob und in welchem Umfang eine Person immateriellen Schaden erlitten hat, bei objek-

154 Siehe ua *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 227.

155 SN Entscheidung vom 6. 5. 1977, II CR 150/77, LEX Nr 7936; *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 27.

156 Mehr dazu bei *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 222 ff.

157 *Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową 25 ff; *Z. Radwański,* Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna (1956) 3 und 166; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 92; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1732.

158 Siehe oben Rz 3/58.

159 *Szpunar,* Zadośćuczynienie 81 f; *Nesterowicz/Bagińska* in: Rogers, Damages for Non-Pecuniary Loss 173.

160 Siehe ua *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1733.

tiven Anhaltspunkten Zuflucht gesucht[161]. Dies gilt auch für das polnische Recht. *Safian* hebt hervor, dass bei der Beurteilung des Ausmaßes von Leiden und negativer Gefühle objektive Kriterien zur Anwendung gelangen sollten, die allerdings auf die Umstände des Einzelfalles bezogen sein müssen[162]. Einige Autoren halten es für unerlässlich, dass in ähnlich gelagerten Fällen ähnlich hohe Beträge zugesprochen werden sollten, um Diskrepanzen in der Rechtsprechung zu vermeiden und die Rechtssicherheit im Bereich des Fallrechts zum Ersatz immaterieller Schäden zu erhöhen[163], doch das Oberste Gericht betont den individuellen Charakter solcher Schäden und verhält sich in diesem Zusammenhang eher zurückhaltend. Es betrachtet zugesprochene Schmerzengeldbeträge als »unverbindliche Richtlinien«[164] und ist nicht ganz konsequent, wenn es um deren Bedeutung geht. Einerseits meint es, dass die Bezugnahme auf vergleichbare Sachverhalte hilfreich sei (wenngleich eingeschränkt, da Nicht-Vermögensschäden subjektiver Natur sind)[165], und andererseits behauptet es, dass Beträge, die in ähnlich gelagerten Fällen zugesprochen wurden, kein zusätzliches Kriterium seien, das die Verringerung von Schadenersatz rechtfertigen könne, und es sei keineswegs messbar, ob ein Nicht-Vermögensschaden in einem vorliegenden Fall kleiner oder größer ist als der Schaden, den ein anderer in einem anderen Fall erlitten hat, auch wenn die erlittenen Verletzungen und die konkreten Lebensumstände ähnlich sind[166]. Es gibt keine Tabellen von Ersatzbeträgen, die von polnischen Gerichten zugesprochen worden sind, und die den Vergleich mit anderen Sachverhalten erleichtern würden[167].

3. Ideelle Schäden juristischer Personen

In der polnischen Literatur ist man sich nicht einig, ob juristische Personen ideelle Schäden erleiden und daher Anspruch auf Ersatz haben können. Die einzige Bestimmung, auf die ein solcher Ersatz möglicherweise gestützt werden könnte, ist Art 448 KC, da sowohl Art 445 KC als auch Art 446 § 4 KC nur auf natürliche Personen anwendbar sind. In der Literatur wird häufig vertreten, dass juristische Personen keine negativen Gefühle empfinden können und daher kein ersatzfähiger **3/66**

161 Basic Questions I Rz 5/14 und die dort zitierte Literatur.

162 *Safian* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1736 f.

163 Siehe ua *Szpunar,* Zadośćuczynienie 186; *K. Ludwichowska,* Anmerkung zur SN Entscheidung vom 14.2.2008 (II CSK 536/07), OSP Nr 5/2010, Pos 47.

164 Siehe ua SN Entscheidung vom 30.1.2004, I CK 131/03, OSNC Nr 2/2005, Pos 40 (für einen Kommentar zur Entscheidung siehe *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 460 ff).

165 SN Entscheidung vom 30.1.2004, I CK 131/03.

166 SN Entscheidung vom 14.2.2008, II CSK 536/07, OSP Nr 5/2010, Pos 47; kritisch zum letztgenannten Problem *K. Ludwichowska,* Anmerkung zur SN Entscheidung vom 14.2.2008 (II CSK 536/07), OSP Nr 5/2010, Pos 47.

167 *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 463.

ideeller Schaden vorliegen kann[168]. Andere sind der Meinung, dass Art 448 auch in Fällen einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten juristischer Personen anwendbar ist[169], und betonen, dass die Nicht-Vermögensinteressen juristischer Personen, zB deren Reputation, im selben Ausmaß zu schützen seien wie jene natürlicher Personen[170]. Diese Ansicht wird auch in der Rechtsprechung des Obersten Gerichts unterstützt[171]. In einem Urteil vom 11. Jänner 2007[172] stellte das Gericht fest, dass die Persönlichkeitsrechte von juristischen Personen »nicht ausschließlich an deren Organe oder an die natürlichen Personen gekoppelt sein sollten, die eine juristische Person konstituieren«, da »das Wesen einer juristischen Person in ihrer selbständigen rechtlichen Existenz besteht«, und dass »eine juristische Person das Recht darauf hat, dass ihre Reputation und ihr immaterieller Firmenwert geschützt werden«[173].

4. Das Problem des Gebrauchsentgangs

3/67 Dem Problem des Gebrauchsentgangs wurde in Polen bislang nicht sehr viel Aufmerksamkeit geschenkt, und wenn, dann überwiegend im Bereich der Nutzung von Kraftfahrzeugen. Zweifel in Lehre und Judikatur, ob die Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeuges ersatzfähig sind, wurden vor Kurzem vom Obersten Gericht beseitigt; es erkannte, dass »zweckmäßige und wirtschaftlich gerechtfertigte« Mietkosten zu ersetzen sind, auch wenn das durch den Unfall beschädigte Fahrzeug nicht für berufliche oder geschäftliche Zwecke verwendet wurde[174]. Beim »reinen« Gebrauchsentgang besteht in der polnischen Lehre keine Einstimmigkeit. *Szpunar* bringt vor, dass der Geschädigte, wenn er keine Mietkosten für den Ersatzgegenstand aufgewendet hat, auch keinen Vermögensschaden erlitten hat[175], der ersetzt werden müsste. Diese Meinung teilt ua *Kaliński;* er führt aus, dass ein Vermögensschaden erst existiert, wenn ein solcher nach der Differenztheorie

---

168 *J. Jastrzębski,* Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej, Palestra Nr 3-4/2005, 42 f; *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 700 f.

169 *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1761; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 264.

170 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 264.

171 SN Entscheidung vom 15.12.1975, I CR 887/75, LEX Nr 7780; SN Entscheidung vom 24.9.2008, II CSK 126/08, OSNC Nr 2/2009, Pos 58.

172 II CSK 392/06, OSP Nr 5/2009, Pos 55.

173 Siehe *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 1028 f; *Bagińska,* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2009, 494.

174 SN Entscheidung (Siebenrichtersenat) vom 17.11.2011, III CZP 5/11, OSNC Nr 3/2012, Pos 28. Die Ersatzfähigkeit von Mietkosten für ein Ersatzfahrzeug wurde nicht in Frage gestellt, wenn das beschädigte Fahrzeug für Geschäftszwecke Verwendung fand. Daher hat sich die Entscheidung, die auf Initiative des Versicherungsombudsman (Rzecznik Ubezpieczonych) erging, nur mit Fahrzeugen befasst, die für private Zwecke verwendet wurden.

175 *A. Szpunar,* Utrata możliwości korzystania z rzeczy, Rejent Nr 10/1998, 11.

bewiesen werden kann, und zeigt die Schwierigkeit der Feststellung des »Gebrauchswertes« gewisser Güter losgelöst von den subjektiven Gefühlen des Geschädigten auf[176]. *Dybowski* vertritt hingegen die Ansicht, dass jedenfalls ein Vermögensschaden vorliegt, unabhängig davon, ob ein Ersatzgegenstand angemietet wird oder nicht, da es sich in beiden Fällen um einen Gebrauchswertverlust handelt. Der Wert muss jedoch »real« sein; so liegt beispielsweise kein Schaden vor, wenn der Geschädigte den Gegenstand nicht benutzen kann, weil er sich im Ausland befindet. Auch wenn das betreffende Objekt für private Zwecke verwendet wurde, besteht der Schaden des Geschädigten nicht nur in »Unannehmlichkeiten«, sondern im Verlust der Möglichkeit, einen Gegenstand, der einen bestimmten Vermögenswert hat, zu benutzen. Der Zweck eines solchen Gegenstandes ist es, wichtige soziale Bedürfnisse des Geschädigten zu befriedigen (Kultur, Freizeit, Tourismus), und während die Bedürfnise selbst nicht in Geld »umgewandelt« werden können, ist dies sehr wohl hinsichtlich des Gebrauchswerts des Gegenstandes möglich, der diese Bedürfnisse während eines bestimmten Zeitraums befriedigt[177]. Dem kann, nach *Larenz* und *Koziol,* das Argument entgegengehalten werden, dass das Gebrauchsrecht des Eigentümers nur ein Aspekt des Eigentums ist, der in dessen Bewertung bereits eingeflossen ist. Die Wertminderung durch Beschädigung einer Sache umfasst daher auch schon den Vermögensverlust durch Gebrauchsentgang, und dieser ist nicht nochmals zu kompensieren[178].

Wenn man der überzeugenden Ansicht ist, dass das Gebrauchsrecht kein eigenständiger Vermögenswert ist, sondern nur einen Aspekt des Eigentums darstellt, so gelangt man zur Schlussfolgerung, dass für die Wiedergutmachung nur ein ideeller Schaden übrig bleibt, der im Verlust der Annehmlichkeiten durch Entzug der Gebrauchsmöglichkeit besteht.[179] Ein solcher Nicht-Vermögensschaden ist *de lege lata* im polnischen Recht nicht ersatzfähig. Nichtsdestoweniger ist der Vorschlag, ideelle Schäden, die relativ leicht bewertet werden können, im selben Umfang zu ersetzen wie Vermögensschäden, *de lege ferenda* sicherlich eine Überlegung wert. Wie *Koziol* darlegt, erfüllt der Verlust von Annehmlichkeiten dieses Kriterium, da die Bedürfnisse, die der beschädigte Gegenstand befriedigt, durch die Verwendung eines anderen Gegenstandes gegen Bezahlung ebenfalls befriedigt werden könnten. Die notwendigen Aufwendungen liefern Anhaltspunkte für die Bemessung des Ersatzes[180]. Ob dieser Vorschlag in Polen Aussicht auf Erfolg hat, ist eine andere Frage, insbesondere weil ein Ersatz ideeller Schäden im Bereich der Beschädigung von Sachen entschieden abgelehnt wird. **3/68**

176 *M. Kaliński,* Szkoda na mieniu i jej naprawienie (2008) 321.
177 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 233 f.
178 Basic Questions I Rz 5/24 und die dort in FN 45 zitierte Literatur.
179 Basic Questions I Rz 5/25.
180 Basic Questions I Rz 5/25.

3/69 Wie in Deutschland ist der Ersatz für den bloßen Verlust von Annehmlichkeiten oder Freizeit auch in Polen eine Umgehung des Gesetzes[181]. Nichtsdestoweniger folgte das Oberste Gericht der Rechtsprechung der Europäischen Union, genauer gesagt, dem Fall *Leitner*[182], und sprach Ersatz für den Verlust von Annehmlichkeiten eines Urlaubes zu[183]. Das Gericht erkannte, dass ein solcher Verlust einen ideellen Schaden darstellt und nach Art 11a des Gesetzes über Tourismus-Dienstleistungen 1997[184], das die vertragliche Haftung von Reiseveranstaltern regelt, zu ersetzen ist. Da Art 11a des Gesetzes der Umsetzung von Art 5 Pauschalreisenrichtlinie[185] dient, sei er, so das Gericht, genauso auszulegen und »Schaden« daher weit zu verstehen, dh Vermögens- und Nichtvermögensschäden umfassend.

C. Realer und rechnerischer Schaden

3/70 Hiezu finden sich in der polnischen Literatur unterschiedliche Auffassungen. Einige Autoren sind der Meinung, dass die bloße Verletzung von Gütern bereits einen Schaden darstellt[186], während andere der Ansicht sind, dass erst dann von einem Schaden gesprochen werden kann, wenn man die Folgen einer solchen Verletzung meint[187].

3/71 Im polnischen Recht wird der subjektiv-konkrete Schaden ersetzt[188]. Bei der Schadensberechnung ist die Gesamtsituation des Geschädigten zu berücksichtigen und nicht nur der Zustand des konkreten Gegenstandes, der beschädigt wurde; der zu ersetzende Schaden wird aufgrund der individuellen Situation des Geschädigten und nach den Umständen des Einzelfalles bemessen[189]. Die Differenzmethode ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der einschlägigen Literatur anerkannt; das Oberste Gericht definiert Schaden als Differenz zwischen

181 Basic Questions I Rz 5/27.

182 EuGH *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH,* Rechtssache C-168/00, Slg. 2002, S. I-2631.

183 SN Entscheidung vom 19.11.2010, III CZP 79/10, OSNC Nr 4/2011, Pos 41.

184 Ustawa o usługach turystycznych. Gesetz vom 29.8.1997, konsolidierter Text Dz U Nr 223/2004, Pos 2268 mit späteren Änderungen.

185 Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, Amtsblatt Nr L 158, 23.6.1990, S. 59 – 64.

186 Vgl ua *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 226; *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 41.

187 Siehe ua *J. Panowicz-Lipska,* Majątkowa ochrona dóbr osobistych (1975) 34, 37; *Radwański,* Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową 173.

188 Art 160 KZ bevorzugte die objektive Methode der Schadensberechnung. Er besagte, dass Vermögensschaden auf der Grundlage des Marktwerts einer Sache zu bestimmen, und dass der besondere Wert, den die Sache für den Geschädigten hatte, nur in Fällen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit in Betracht zu ziehen war. Das Zivilgesetzbuch enthält kein Gegenstück zu dieser Bestimmung.

189 Siehe ua *Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową 59; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 273.

dem Zustand des Vermögens, das der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte, und dem Zustand des Vermögens nach dem Ereignis[190]. Genauer gesagt, wird der tatsächliche Zustand des Vermögens mit dem hypothetischen Zustand verglichen, das ist jener, den das Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre[191]. Der objektive Schadensbegriff ist auch anerkannt, und viele sehen die objektive Methode als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung, die es erlaubt, den Mindestbetrag ersatzfähigen Schadens festzulegen[192]. Die objektiv-abstrakte Methode wird auch de facto zur Berechnung des Ersatzes des merkantilen Minderwertes herangezogen: wie vom Obersten Gericht in einem seiner Urteile in diesem Zusammenhang festgestellt wurde[193], ist »der Wert eines Autos nach der Reparatur (...) sein *Marktwert* (Hervorhebung durch KLR). Da sich dieser Wert (...) im Vergleich zum Marktwert, den das Auto gehabt hätte, wenn es nicht beschädigt worden wäre, verringert hat, sollte der Ersatz nicht nur die Reparaturkosten umfassen, sondern auch die Wertdifferenz«[194]. Der merkantile Minderwert eines Kraftfahrzeuges wird demnach nach seinem Wert auf dem Markt berechnet und ist zu ersetzen, gleichgültig, ob sich dieser durch den Verkauf des Autos manifestiert hat oder nicht. Dies ist – wie *Koziol* aufzeigt[195] – ein eindeutiges Zeichen für eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung.

Schließlich muss erwähnt werden, dass einige Bestimmungen des polni- **3/72**
schen Privatrechts, zB jene zur Haftung von Beförderern, den Ersatz auf objektive Schäden explizit beschränken und somit Ausnahmen vom Grundsatz der vollen Wiedergutmachung darstellen[196]. Die objektiv-abstrakte Schadensberechnungsmethode kann auch aufgrund vertraglicher Vereinbarungen angewendet werden.

Obwohl die Differenzmethode traditionellerweise mit Vermögensschäden as- **3/73**
soziiert wird, meint *Kaliński,* dass sie auch auf ideelle Schäden anwendbar sei; anstatt den Zustand des Vermögens vor dem schädigenden Ereignis mit jenem auf

---

190 Siehe ua SN Entscheidung vom 11.7.1957, 2 CR 304/57, OSN Nr 1958, Pos 76; SN Entscheidung vom 22.11.1963, III PO 31/63, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (OSNCP) Nr 7-8/1964, Pos 128; SN Entscheidung (Siebenrichtersenat) 12.7.1968, III PZP 28/68.

191 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 93.

192 *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 68; *Ohanowicz/Górski,* Zarys 47; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 273; *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1341. Diese Sichtweise wird von *Jastrzębski* in Frage gestellt, nach dessen Auffassung die Vorstellung eines »objektiven Schadens« qualitativ verschieden ist von der eines »subjektiven Schadens«, und dass deshalb »objektiver Schaden« nicht als Mindestbetrag angesehen werden kann, der ersetzt werden muss *(J. Jastrzębski,* O wyprzedzającej przyczynowości, Kwartalnik Prawa Prywatnego [KPP] Nr 3/2003, 628–630).

193 SN Entscheidung vom 12.10.2001, III CZP 57/01, OSNC Nr 5/2002, Pos 57. Ausführlicher zum Fall *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 102.

194 Mehr dazu bei *K. Ludwichowska-Redo,* Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu po wypadku komunikacyjnym (na tle prawnoporównawczym), PiP Nr 11/2012 106 f.

195 Basic Questions I Rz 3/10 und die dort zitierte Literatur.

196 Mehr dazu ua bei *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 67 ff.

Grund dieses Ereignisses zu vergleichen, sei auf die Differenz zwischen dem emotionalen Zustand in diesen beiden Zeitpunkten abzustellen[197].

D. Positiver Schaden und entgangener Gewinn

3/74 Das Zivilgesetzbuch unterscheidet zwischen *damnum emergens* und *lucrum cessans,* doch ist diese Unterscheidung – wie im deutschen Recht – grundsätzlich nicht von großer Bedeutung, da nach Art 361 § 2 KC der Schadenersatz sowohl den tatsächlich erlittenen Schaden als auch den Gewinn umfasst, den der Geschädigte erzielen hätte können, wenn die Beeinträchtigung nicht zugefügt worden wäre. Ausnahmen von dieser Regel können durch Gesetz oder Vertrag festgelegt werden. De lege lata hat die größte Bedeutung in diesem Zusammenhang Art 438 KC[198]; er legt fest, »eine Person, die zur Abwehr der einer anderen Person drohenden Schädigung oder zur Abwehr einer allgemeinen Gefahr gezwungenermaßen oder sogar freiwillig einen Schaden an ihrem Vermögen erleidet, kann Ersatz für den *erlittenen Verlust* in angemessenem Verhältnis von jenen Personen begehren, die hieraus einen Nutzen zogen« (Hervorhebung durch KLR). Art 438 KC ist auch deshalb erwähnenswert, weil der Umfang des Ersatzes nicht nur von der Größe des erlittenen Schadens abhängt, sondern auch vom Ausmaß des Nutzens, den andere daraus gezogen haben[199].

E. Schaden bei unerwünschter Geburt eines Kindes

3/75 Obwohl rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der unerwünschten Geburt eines Kindes erst relativ kurz in der polnischen Rechtsprechung präsent sind[200], haben sich unsere Gerichte bereits mit mehreren wichtigen Fragestellungen beschäftigt. Wie auch in anderen Rechtsordnungen ist im polnischen Recht anerkannt, dass Schaden im Zusammenhang mit unerwünschter Empfängnis und/oder Geburt nicht auf das Kind selbst bezogen werden kann[201]. Das Oberste Gericht hat wiederholt ausgeführt, dass die Geburt eines Kindes, auch eines Kindes mit Gendefekt, keinesfalls als Schaden betrachtet werden kann[202]. Als ersatz-

197 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 92.

198 Siehe *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 330.

199 *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1692.

200 Der erste »typische« Fall ungewollter Schwangerschaft wurde vom polnischen Obersten Gericht im November 2003 entschieden, und die erste Entscheidung zur unerwünschten Geburt erging im Oktober 2005 (siehe unten).

201 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 274.

202 SN Entscheidung vom 13.10.2005, IV CK 161/05, OSP Nr 6/2006, Pos 71 (ausführlicher zum Fall *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 926f; *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 384ff); SN Entscheidung vom 22.2.2006, III CZP 8/06,

fähiger Schaden anerkannt sind bislang Zusatzkosten für Schwangerschaft und Geburt sowie damit im Zusammenhang stehende Einkommensausfälle der Mutter[203]. Zu den Unterhaltskosten führte das Oberste Gericht aus, dass *der erhöhte Unterhaltsaufwand für ein behindertes Kind*[204] (in Fällen, in denen das Recht der Eltern auf Familienplanung und Schwangerschaftsabbruch durch das schuldhafte Verhalten eines Arztes verletzt wurde)[205] sowie *der Unterhaltsaufwand für ein gesundes Kind, soweit die Kindesmutter nicht in der Lage ist, die berechtigten Bedürfnisse des Kindes zu befriedigen* (in einem Fall, in dem eine vergewaltigte Frau ein gesundes Kind zur Welt brachte, nachdem ihr eine Abtreibung unrechtmäßigerweise verweigert worden war)[206], ersatzfähig sind. In dem Fall, in dem ein Kind bei einer Vergewaltigung gezeugt wurde, führte das Oberste Gericht aus, dass dies ein seltenes Beispiel für eine Situation sei, in der ein rechtswidriges Verhalten zu einer Konsequenz führe, die sowohl positiv sei und in der Gesellschaft als wertvoll gelte (die Geburt eines Kindes), doch er unterschied andererseits diese positive Situation von dem Schaden, der darin besteht, dass die Mutter gezwungen war, Unterhaltskosten auf sich zu nehmen. Interessanterweise und trotz dieser Argumentation hatte der Schädiger nicht vollen Ersatz zu leisten, sondern nur »in dem Ausmaß, in dem die Mutter nicht in der Lage war, die berechtigten Bedürfnisse des Kindes zu befriedigen«. Diese Einschränkung lässt darauf schließen – wenngleich dies nicht ausdrücklich erklärt wurde –, dass es dem Gericht angemessen schien, eine Einschätzung der Gesamtsituation vorzunehmen und die ideellen Vorteile (Geburt eines Kindes und (vielleicht) Begründung einer Familienbeziehung) mit den Vermögensnachteilen aufzurechnen; dieser Ansatz, der mit der vom österreichischen OGH befürworteten vermittelnden Lösung übereinstimmt[207], wurde in der Literatur kritisiert[208].

OSNC Nr 7-8/2006, Pos 123 (mehr zu diesem erstmals am 21.11.2003 entschiedenen Fall bei *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 927 ff. *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 386 ff).

203 SN Entscheidung vom 21.11.2003, V CK 16/03, OSNC Nr 6/2004, Pos 104.

204 Kritisch zu dieser Lösung *T. Justyński,* Rozwój orzecznictwa sądów polskich w sprawach wrongful conception, wrongful birth oraz wrongful life, in: M. Nesterowicz (Hrsg), Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym (2012) 214, der behauptet, dass der einzige Bezugspunkt für das Gericht, das den Schaden nach der Differenzmethode beurteilt, das Nichtexistieren eines Kindes sein kann, und nicht die Existenz eines gesunden Kindes, wie das Oberste Gericht in seiner Entscheidung vom 13.10.2005 annahm. Der Grund dafür ist, dass das Kind nicht geboren worden wäre, wenn der Arzt rechtmäßig gehandelt hätte.

205 SN Entscheidung vom 13.10.2005, IV CK 161/05, OSP Nr 6/2006, Pos 71; SN Entscheidung vom 6.5.2010, II CSK 580/09, LEX Nr 602234.

206 SN Entscheidung vom 22.2.2006, III CZP 8/06, OSNC Nr 7-8/2006, Pos 123.

207 Basic Questions I Rz 5/41 ff.

208 *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 929 und die Anmerkung zur Entscheidung vom 22.2.2006 (III CZP 8/06) von *M. Nesterowicz,* Prawo i Medycyna Nr 1/2007; *Justyński* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 214. *Justyński* kritisiert die Entscheidung ua dafür, dass sie die Höhe der Ersatzzahlung von der wirtschaftlichen Lage des Geschädigten

3/76 Zum ideellen Schaden durch Vereitelung der Familienplanung führte das Oberste Gericht in seiner Entscheidung vom 21. November 2003[209] aus, dass die Nötigung der Mutter, ein Baby auf die Welt zu bringen, das bei einer Vergewaltigung gezeugt wurde, die »weit zu verstehende Freiheit« verletzt, »zu der auch das Recht, über sein persönliches Leben selbst zu bestimmen, gehört«. In späteren Erkenntnissen hielt es fest, dass das Recht auf Familienplanung, aus dem das Recht auf rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch hervorgeht, ein Persönlichkeitsrecht ist, dessen Verletzung den Ersatz ideeller Schäden nach Art 448 KC iVm Art 24 § 1 KC rechtfertigt[210]. In einem Erkenntnis vom 12. Juni 2008[211] urteilte das Gericht, dass die Weigerung der Ärzte, eine schwangere Frau trotz eines wahrscheinlichen Gendefekts des Fötus zur Pränataldiagnostik zu überweisen, sowie deren unvollständige Aufklärung über die Situation das Recht der Frau auf Familienplanung verletzten und in ihr Recht eingriffen, in voller Kenntnis der Sachlage entscheiden zu können, ob sie ein behindertes Kind auf die Welt bringen oder die Schwangerschaft abbrechen wollte, weshalb sie Anspruch auf Ersatz von immateriellem Schaden hatte.

II. Verursachung

A. Allgemeines

3/77 Die Kausalität erfüllt zwei Funktionen im Schadenersatzrecht: sie ist Haftungsvoraussetzung und steckt gleichzeitig den Umfang der Haftung ab, dh sie legt das Ausmaß des zu ersetzenden Schadens fest[212]. Der erste Schritt ist – das wird kaum

abhängig macht, was nicht den Grundsätzen des Schadenersatzrechts entspreche, sondern eher denen des Sozialrechts.

209 V CK 16/03, OSNC Nr 6/2004, Pos 104; ausführlicher zum Fall *Bagińska/Nesterowicz,* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 927 ff; *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2004, 466 ff.

210 SN Entscheidung vom 13.10.2005, IV CK 161/05, OSP Nr 6/2006, Pos 71; SN Entscheidung vom 12.6.2008, III CSK 16/08, OSNC Nr 3/2009, Pos 48 (mehr zum Fall bei *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 596 f; *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2009, 491 f); SN Entscheidung vom 6.6.2010, II CSK 580/09, LEX Nr 602234. Für eine abweichende Auffassung siehe SN Entscheidung vom 22.2.2006, III CZP 8/06, OSNC 2006/7-8/123, wo das Oberste Gericht feststellte, das Recht auf Schwangerschaftsabbruch sei kein Persönlichkeitsrecht, und der Ansicht widersprach, dass es ein Element des Rechts auf Familienplanung oder ein Element der Freiheit bilde. Es weise auf ein Recht der Frau, »eine bewusste Entscheidung bezüglich eines Schwangerschaftsabbruchs zu treffen«. Dazu kritisch *Justyński* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 204 f.

211 III CSK 16/08, OSNC Nr 3/2009, Pos 48.

212 Siehe ua *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 247; *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 9.

überraschen – die Prüfung nach der *Conditio-sine-qua-non-Formel,* bei der alle Ereignisse, die in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem eingetretenen Schaden stehen, ausgeschlossen werden. Mithilfe dieser Formel wird festgestellt, ob ein dem Beklagten zuzurechnendes Ereignis bei der Feststellung seiner Haftung berücksichtigt werden kann[213]. Der zweite Schritt beinhaltet die Anwendung des Adäquanzkriteriums, dessen rechtliche Grundlage in Art 361 § 1 KC zu finden ist. Nach dieser Bestimmung haftet der zum Schadenersatz Verpflichtete nur für die *gewöhnlichen* Folgen des Handelns oder Unterlassens, das den Schaden verursacht hat[214]. Wenngleich in der Bestimmung nur von »Handeln oder Unterlassen« die Rede ist, ist es unbestritten, dass das Adäquanzkriterium auch auf Situationen anzuwenden ist, in denen der Schaden weder aus einer Handlung noch einer Unterlassung entstanden ist[215]. Mehr zur Adäquanztheorie siehe Rz 3/148 ff.

B. Verursachung durch die Sphäre

Haftung hängt nicht unbedingt von einem kausalen schädigenden Verhalten des Haftenden selbst ab; ein gutes Beispiel dafür ist die Gehilfenhaftung (Art 430 KC)[216] oder die Gefährdungshaftung für bestimmte Gefahrenquellen (Art 433, 434, 435, 436 KC)[217]. Wie zu Recht betont wird[218], ist in solchen Fällen der Haftende zumindest mittelbar an der Ursachenkette des Schadens beteiligt, indem er die Gehilfen bestellt oder die Schaden stiftenden Sachen innehat, oder ein gefährliches Unternehmen in Betrieb gesetzt hat. Allerdings kann in einigen Fällen auch indirekte Verursachung nicht festgestellt werden, und es handelt sich um bloße Kausalität der Gehilfen-, Sach- oder Unternehmenssphäre, die zur Auslösung der Haftung genügt. **3/78**

C. Unterlassung als Ursache

Wie bereits bemerkt, wird im polnischen Recht ausdrücklich anerkannt (Art 361 § 1 KC), dass Unterlassungen ursächlich für einen Schaden sein können. Wie das Oberste Gericht in einem seiner Erkenntnisse aus den 1950er Jahren feststellt, besteht ein normaler Kausalzusammenhang zwischen einer schuldhaften Unterlassung und dem eingetretenen Schaden, wenn die Vornahme einer Handlung den **3/79**

213 *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1325.
214 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 192).
215 *A. Koch,* Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym (1975) 166 ff; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 255.
216 Siehe unten Rz 3/124.
217 Siehe unten Rz 3/127 ff.
218 Basic Questions I Rz 5/62 f.

Faktor, der mit dem Schaden in normalem Kausalzusammenhang steht, beseitigt hätte[219]. Die Kausalität von Unterlassungen wird in Polen – gemäß einer international weit verbreiteten Auffassung – gemeinhin in Verbindung mit einer Handlungspflicht gesehen[220]. Um Haftung zu begründen, müssen deshalb eine Verhaltenspflicht und die Möglichkeit eines entsprechenden Verhaltens seitens des Verpflichteten festgestellt werden, sowie dass eine Handlung im Fall ihrer Vornahme den Schadenseintritt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindern hätte können[221].

D. Die Abschwächung des Verursachungserfordernisses

1. Die Haftung mehrerer Täter

3/80 Im polnischen Zivilgesetzbuch besteht kein Gegenstück zu § 1301 ABGB oder § 830 (1) Satz 1 BGB. Die Haftung mehrerer Täter wird in Art 441 § 1 KC geregelt, der § 840 (1) BGB entspricht und für den Fall, dass mehrere Täter für (ein und denselben, Anm der Autorin) deliktischen Schaden verantwortlich sind, Solidarhaftung eintreten läßt. Das betrifft sowohl Mittäter als auch Fälle, in denen jeder der Täter für ein anderes Delikt (und auch nach einem anderen Haftungsprinzip) verantwortlich ist[222]. Art 441 KC gestattet kein Abweichen von der Solidarhaftung durch Teilung der Ersatzleistung *pro rata parte*[223]*;* eine Person, die solidarisch für den Schaden haftet, kann deshalb keine Minderung ihrer Haftung gegenüber dem Geschädigten auf Grund der Tatsache verlangen, dass sie zu einem geringeren Teil zum Schaden beigetragen habe als ein anderer solidarisch haftender Schuldner[224].

---

219 SN Entscheidung vom 10.12.1952 (C 584/52, PiP Nr 8/1953, 368), zitiert nach *M. Nesterowicz,* Adekwatny związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej w świetle orzecznictwa sądowego, in: A. Nowicka (Hrsg), Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego (2005) 194.

220 *Nesterowicz* in: Nowicka, Prawo prywatne czasu przemian 194; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 269; *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 134.

221 Siehe *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1332 f und die dort zitierte Literatur.

222 *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1700; *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 328.

223 Im Gegensatz zum Schuldrechtsgesetzbuch; gemäß Art 137 KZ war eine solche Verteilung zulässig, wenn bewiesen wurde, wer in welchem Ausmaß zur Schadenszufügung beigetragen hat. Die durch Art 441 KC im polnischen Recht bewirkte Änderung strebte eine Verbesserung der Lage des Geschädigten an; siehe *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Poland, in: B. Winiger/H. Koziol/B.A. Koch/R. Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law, Band I: Essential Cases on Natural Causation (2007) 328; *E. Bagińska,* Aggregation and Divisibility of Damage in Poland: Tort Law and Insurance, in: K. Oliphant (Hrsg), Aggregation and Divisibility of Damage (2009) 308; *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Multiple Tortfeasors under Polish Law, in: W.V. Horton Rogers (Hrsg), Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors (2004) 153.

224 Siehe ua SN Entscheidung vom 2.12.1970 (II CR 542/70, OSNC Nr 9/1971, Pos 153); SN Entscheidung vom 25.8.1978 (III CZP 48/78, OSNC Nr 4/1979, Pos 64). Der Umstand, dass einer der Täter

Anders als das Schuldrechtsgesetzbuch, das Solidarhaftung davon abhängig machte, dass der Schaden von mehreren Personen *gemeinsam* verursacht wurde[225], verlangt das Zivilgesetzbuch keine subjektive Verbindung zwischen den Tätern[226]; es genügt, dass ihr Verhalten objektiv zum verursachten Schaden beiträgt[227]. Da Art 441 KC nicht Haftung für vorsätzliches Zusammenwirken vorsieht, sondern Solidarhaftung von Personen, denen das Deliktsrecht ein und denselben Schaden zurechnet, erscheint eine Erörterung der von *Koziol* unter 5/73 und 5/74 seiner »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« analysierten Probleme für das polnische Recht nicht relevant.

2. Alternative Kausalität

a. Solidarhaftung oder Haftungsfreiheit bei mehreren Ereignissen, die eine Haftung auslösen könnten

Wenn ein Opfer Schaden erleidet, der entweder vom Ereignis 1 oder vom Ereignis 2 **3/81** verursacht wurde, die jeweils einem anderen Täter zuzurechnen sind, wobei nicht festgestellt werden kann, welches der beiden Ereignisse tatsächlich den Schaden verursacht hat, so sind nach einer Lehrmeinung beide Täter solidarisch haftbar. Im polnischen Zivilgesetzbuch existiert kein Gegenstück zu § 830 (1) Satz 2 BGB und es bestehen auch keine anderen Bestimmungen, die sich ausdrücklich mit alternativer Kausalität (oder anderen Fällen ungewisser Verursachung) befassen, so dass das Problem durch die Lehre gelöst werden musste. Nach *Lewaszkiewicz-Petrykowska* ist Solidarhaftung dann gerechtfertigt, wenn das Verhalten mehrerer Personen, die gemeinsam oder für sich allein handeln, eine gefährliche Situation schafft, und die Schädigung eines Dritten sich als Verwirklichung dieser verursachten Gefahr darstellt[228]. *Lewaszkiewicz-Petrykowska* betont das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Schaffung einer gefährlichen Situation und der Auslösung des schädigenden Faktors[229]. Die Kausalitätskette lautet also: Verhalten des Täters – gefährliche Situation als Folge – Schaden,

---

in geringerem Grad als ein anderer beigetragen hat, ist nur für Regressansprüche unter den Haftenden erheblich. Gemäß Art 441 § 2 KC kann dann, wenn der Schaden aus Handlungen oder Unterlassungen mehrerer Personen erwachsen ist, diejenige Person, die den Schaden ersetzt hat, von den anderen die Erstattung angemessener Anteile verlangen, und zwar je nach den Umständen, insbesondere nach dem Verschulden der betreffenden Person und dem Grad ihres Beitrags zum Eintritt des Schadens.

225 Siehe Art 137 § 1 KZ.

226 Siehe ua *Nesterowicz/Bagińska* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest I 331; *E. Bagińska,* Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze (2013) 127 f.

227 Siehe *Koch,* Związek przyczynowy 210.

228 *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Wyrządzenie szkody przez kilka osób (1978) 77 f; siehe auch *A. Szpunar,* Wyrządzenie szkody przez kilka osób, PiP Nr 2/1957, 289 f.

229 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Wyrządzenie szkody 78.

den ein Dritter als Resultat der Gefahr erleidet[230]. Dieser Ansatz wird von *Kaliński* kritisiert, der betont, dass zwischen der Herbeiführung von Gefahr und der Zufügung von Schaden ein Ereignis eintrete, das nur *einem* Täter zugerechnet werden könne, und das die tatsächliche Ursache des Schadens bilde. Er stellt fest, dass in Fällen, in denen das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs nicht bewiesen sei, eine Haftungsvoraussetzung fehle[231]. *Ohanowicz, Górski* und *Czachórski* vertreten ebenfalls die Auffassung, dass keiner der alternativen Täter zur Haftung herangezogen werden könne, da die bloße *Möglichkeit* eines Kausalzusammenhangs dafür nicht ausreiche[232]. Wenn man sich der Auffassung von *Lewaszkiewicz-Petrykowska* anschließt, so bedeutet dies de facto – wenngleich ohne dies ausdrücklich einzugestehen – dass man eine Abschwächung des Kausalitätserfordernisses akzeptiert und im Hinblick auf die conditio sine qua non eine bloß potentielle Verursachung für ausreichend hält, wenn eine »gefährliche Situation« geschaffen wird, dh ein hoher Grad einer konkreten Gefährdung vorliegt[233].

3/82 Das Oberste Gericht hat sich bisher mit der Frage der alternativen Kausalität bei Fällen strikter Haftung befasst und entschieden, dass dort potentielle Täter solidarisch haften[234].

3/83 Wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, werden für das Problem alternativer Kausalität derzeit in Polen nur Alles-oder-nichts-Lösungen vertreten. Die Übernahme der Theorie der Teilhaftung im Verhältnis zum Grad der Wahrscheinlichkeit der Verursachung seitens der jeweils potentiell kausalen Ereignisse würde die ausdrückliche Akzeptanz des Gedankens potentieller Kausalität voraussetzen, an der es in Polen de lege lata fehlt. Es besteht allerdings die Chance, dass sich dies ändern wird, da die Theorie der Anteilshaftung von der Kommission für die Kodifikation des Privatrechts unterstützt wird und 2009 Eingang in den Entwurf des neuen Zivilgesetzbuchs gefunden hat[235].

230 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 264.

231 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 138.

232 *Ohanowicz/Górski,* Zarys 61; *Czachórski,* Prawo zobowiązań 134.

233 Vgl Basic Questions I Rz 5/77 ff, Rz 5/124 und die dort zitierte Literatur.

234 Siehe SN Entscheidung vom 4. 7. 1985 (IV CR 202/85, LEX Nr 8724), wo das Oberste Gericht feststellte, dass dann, wenn zwei Personen für strikte Haftung in Frage kommen, und nicht feststellbar ist, wessen Verhalten den Schaden tatsächlich verursacht hat, beide solidarisch haften, wenn keine von ihnen das Vorliegen von Umständen beweisen kann, die sie von der Haftung befreien. Mehr dazu bei *Bagińska* in: Oliphant, Aggregation 311 f.

235 Mehr dazu bei *Bagińska,* Odpowiedzialność deliktowa 367. *Bagińska* spendet Beifall für die Bestimmung des Entwurfs, in der für Fälle alternativer Kausalität Anteilshaftung vorgesehen wird.

b. Konkurrenz von haftbar machendem Ereignis und »Zufall«

Wie *Koziol* feststellt, treten die praktisch bedeutsamen Beispiele für das Problem im Bereich ärztlicher Fehlbehandlung in Erscheinung[236]. In Situationen, in denen unklar ist, ob Schaden auf Grund einer solchen Fehlbehandlung oder auf Grund der krankhaften Anlage des Patienten eingetreten ist, besteht der Ansatz polnischer Gerichte darin, die ansonsten strengen Anforderungen an die Kausalität herabzusetzen[237]. Der Kausalzusammenhang muss in solchen Fällen nicht mit Sicherheit erwiesen sein, es genügt ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass das schuldhafte Verhalten des Arztes oder des Spitals den Schaden verursacht hat[238]. Wenn Fahrlässigkeit seitens des Arztes vorliegt, wird der Beweis, dass auch andere Faktoren vorhanden sind, die möglicherweise den Schaden verursachen hätten können, nicht zu seiner Haftungsbefreiung führen[239]. Polnische Gerichte stellen Wahrscheinlichkeit auch auf der Grundlage einer Tatsachenvermutung fest (Art 231 Zivilprozessgesetzbuch[240], nach dem das Gericht Tatsachen, die für die Entscheidung des Falles wesentlich sind, als erwiesen annehmen kann, wenn ein solcher Schluss aus anderen erwiesenen Tatsachen gezogen werden kann), und nehmen daher eine Beweislastumkehr vor[241]. **3/84**

Die obige Lösung entspricht einer Alles-oder-nichts-Auffassung: wenn das Gericht Kausalität für erwiesen annimmt, erhält der Geschädigte Ersatz, wenn nicht, wird kein Schadenersatz zugesprochen[242]. Anders als in Deutschland oder Österreich bestehen im polnischen Recht keine Vorschriften, durch die eine Haftung aus potentieller Kausalität eingeführt worden wäre, so dass es nicht einmal einen Ansatzpunkt[243] für Teilhaftung im Verhältnis zum Grad der Wahrscheinlichkeit gibt, dass ein bestimmter Täter den Schaden verursacht hat. Es wäre auch nicht zulässig, einen Umstand auf Seiten des Opfers als rechtlich relevant und zu einer Reduktion der Ersatzleistung führend zu betrachten, wenn dieser nur *potentiell* kausal war und kein Kausalzusammenhang zwischen diesem Umstand und dem erlittenen Schaden bewiesen werden konnte. **3/85**

---

236 Basic Questions I Rz 5/86.

237 *K. Bączyk-Rozwadowska,* Medical Malpractice and Compensation in Poland, Chicago-Kent Law Review, Band LXXXVI, Nr 3, 1239 f.

238 SN Entscheidung vom 13.6.2000, V CKN 34/00, LEX Nr 52689. Siehe auch ua SN Entscheidung vom 17.6.1969, II CR 165/69, OSP Nr 7/1970, Pos 155 (es genügte ein »ausreichender Grad von Wahrscheinlichkeit«).

239 *M. Nesterowicz,* Prawo medyczne (2010) 96.

240 Kodeks postępowania cywilnego. Act of 17 November 1964, Dz U Nr 43, Pos 296 mit späteren Änderungen.

241 Siehe *Bączyk-Rozwadowska,* Chicago-Kent Law Review, Band LXXXVI, Nr 3, 1243 und SN Entscheidung vom 22.1.1998, II UKN 465/97, OSNP Nr 1/1999, Pos 24.

242 Polnische Gerichte haben Versuche unternommen, *de facto* Anteilshaftung einzuführen, doch sind sie damit auf Kritik gestoßen; siehe dazu *Bagińska,* Odpowiedzialność deliktowa 188 f.

243 Basic Questions I Rz 5/91.

c. Die Lehre vom Verlust einer Chance

3/86 Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Verlusts einer Chance als Lösung für das Problem alternativer Kausalität wird hier nicht im Einzelnen erörtert werden, da ein solcher dem polnischen Recht unbekannt ist[244]. Allerdings sollte beachtet werden, dass das Oberste Gericht den Ausdruck »Verlust einer Chance« verwendet hat. So wird zB in einer jüngeren Entscheidung formuliert, dass »Schaden … im *Verlust oder in der Verringerung einer Heilungschance* sowie in der *Verringerung einer Chance auf Verbesserung der Gesundheit bestehen kann«*[245] (Hervorhebung KLR). Diese Feststellung ist allerdings kein Durchbruch, sondern nicht wirklich von Gewicht, denn auf sie folgt der Schluss des Gerichts, dass ein solcher Schaden durch eine Rente ersetzt wird, wenn er »in einer der in Art 444 § 2 KC erwähnten Formen Ausdruck findet« (dh in völligem oder teilweisem Verlust der Arbeitsfähigkeit, erhöhten Bedürfnissen oder geminderten Zukunftsaussichten; siehe unten Rz 3/162). Die Entscheidung bedeutet also letztlich keine Anerkennung des Verlusts einer Chance als eines besonderen Typs ersatzfähigen Schadens.

3/87 Es ist auch zu beachten, dass von polnischen Gerichten die Fälle, in denen vom »Verlust einer Chance« gesprochen werden kann, auch derart gelöst werden können, dass Ersatz für immateriellen Schaden zuerkannt wird[246].

d. Alternative Täter und alternative Opfer – die Theorie der Marktanteilshaftung

3/88 In den Fällen, die in diesem Abschnitt erörtert werden, treffen wir wieder auf das Problem potentieller Kausalität, allerdings diesmal in einer anderen Variante: in *Koziols* »Bergsteiger«-Beispiel[247] besteht Gewissheit, dass jeder der Täter Schaden verursacht hat, doch kann die Verursachung jedes Einzelnen nicht jeweils einem bestimmten Opfer zugeordnet werden. Da jeder Täter eindeutig Schaden verursacht hat, erscheint es nicht angebracht, eine Haftung mit der Begründung des mangelnden Kausalzusammenhangs zu verweigern (obwohl streng dogmatisch gute Gründe dafür sprechen, denn um Haftung auszulösen, muss ein Kausalzusammenhang im Sinne der conditio sine qua non zwischen einer bestimmten Ursache und einer bestimmten Wirkung bewiesen werden, und im fraglichen Fall

244 *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 1114.

245 SN Entscheidung vom 17.6.2009, IV CSK 37/09, OSP Nr 9/2010, Pos 93. Der Fall betraf das Versäumnis eines Arztes, die zerebrale Kinderlähmung eines Einjährigen zu diagnostizieren, was zu einer zweijährigen Verspätung des erforderlichen Therapiebeginns führte.

246 Siehe SN Entscheidung vom 9.1.1978, IV CR 510/77, OSNC Nr 11/1978, Pos 210, wo ein Fall behandelt wird, in dem ärztliches Fehlverhalten die Klägerin ua der Möglichkeit beraubt hat, Kinder zu bekommen; siehe *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 1114; *Bagińska,* Odpowiedzialność deliktowa 239.

247 Basic Questions I Rz 5/105.

kann man nicht sagen, dass K1 mit Sicherheit keinen Schaden erlitten hätte, wenn Bergsteiger B1 nicht das Herabfallen des Steines ausgelöst hätte). Da jeder Täter lediglich für *ein* Opfer Schaden verursacht hat, erscheint auch Solidarhaftung beider Täter gegenüber beiden Opfern unpassend und nicht unter Art 441 KC subsumierbar, der verlangt, dass jeder der Täter für ein und denselben Schaden verantwortlich ist.

Wenn polnische Gerichte in einem Fall zu urteilen hätten, der den DES-Fällen **3/89** ähnlich ist, wäre kaum zu erwarten, dass sie die Haftung des Erzeugers verneinen, doch es erscheint schwierig abzuschätzen, welche Lösung und Argumentation für sie in Frage kämen. Die Marktanteilstheorie kann, wie *Bagińska* betont, in Polen nicht Anwendung finden, da dadurch die einzige Bestimmung des Zivilgesetzbuches verletzt würde, die Kausalität betrifft, nämlich Art 361 § 1 KC[248].

3. Kumulative Kausalität

Wie in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises tritt auch im polni- **3/90** schen Recht in Fällen kumulativer Kausalität (dh in Situationen, in denen zwei Ereignisse gleichzeitig eintreten und jedes für sich allein denselben Schaden bewirkt hätte), Solidarhaftung ein (Art 441 KC). Wie *Lewaszkiewicz-Petrykowska* erklärt, wird in solchen Fällen von jedem der Täter eine abgeschlossene schadenstiftende Handlung begangen, und beide Handlungen sind potentiell kausal (beide schaffen ein Risiko für den Schaden, der tatsächlich zugefügt wurde). Da der Geschädigte von jedem der Täter Ersatz erlangen könnte, da das Gericht in beiden Fällen auf Grund der hohen Wahrscheinlichkeit einen Kausalzusammenhang annehmen müsste, und das Opfer keineswegs für ein und denselben Schaden zweimal Ersatz erhalten kann, steht für *Lewaszkiewicz-Petrykowska* fest, dass als einzige Lösung Solidarhaftung in Frage kommt[249]. Einen anderen Ansatz wählt *Kaliński,* dem zufolge in den fraglichen Fällen der conditio-sine-qua-non-Test modifiziert werden und man prüfen sollte, ob der Schaden auch ohne alle Begleitumstände des vorliegenden Ereignisses eingetreten wäre[250]. Wenn die Antwort positiv ausfällt, muss das Ereignis als für das Ergebnis kausal betrachtet werden[251].

248 *Bagińska* in: Oliphant, Aggregation 314. *Bagińska* spricht sich für Solidarhaftung aller Täter gegenüber jedem der Opfer aus.
249 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Wyrządzenie szkody 78.
250 Vgl Basic Questions I Rz 5/112.
251 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 141.

4. Überholende Kausalität

3/91 Nach der traditionellen und noch immer herrschenden Lehre ist der Umstand, dass der Schaden auch durch ein zweites, späteres Ereignis bewirkt worden wäre, nicht zu beachten (dh der erste Täter wird nicht von der Haftung befreit, wenn ein nachfolgendes Ereignis denselben Schaden bewirkt hätte)[252]; es ist daher nur die reale Verursachung rechtlich relevant[253]. Das entspricht auch der herrschenden Lehre in Österreich[254]. *Szpunar* hebt allerdings hervor, dass man Ereignisse in Betracht ziehen müsse, die vor der Zufügung des Schadens geplant wurden, und er führt als Beispiel die Zerstörung eines Hauses an, dessen Demolierung ohnedies geplant gewesen ist[255]. Eine weitere Auffassung unterscheidet zwischen »direktem« Schaden, dh Schaden, der einem bestehenden Objekt zugefügt wird, dessen Berechnung durch spätere Ereignisse nicht beeinflusst wird, und »indirektem« Schaden, wie »lucrum cessans« oder erhöhten Aufwendungen. Bezüglich letzterer sollten spätere Ereignisse ignoriert werden, wenn dies Unglücksfälle sind, die Personenschaden verursachen, doch Beachtung finden, falls es sich um Sachschaden handelt oder um Schaden, der die Haftung einer anderen Person nach sich zieht[256]. Die herrschende Lehre bezüglich Unglücksfällen mit Personenschaden spiegelt sich in der Entscheidung des Obersten Gerichts vom 26. Februar 1965 wider[257], wo das Gericht feststellt, dass ein zufälliger Unglücksfall (in diesem Fall die Erkrankung des Opfers an Tuberkulose), der für sich allein die Behinderung des Opfers verursacht hätte, und der eine bereits teilweise behinderte Person betraf, die Auswirkungen des Ereignisses, das die Teilbehinderung verursacht hat, nicht beseitigt. Dies widerspricht der Auffassung *Bydlinskis,* die von *Koziol* geteilt wird, dass dann, wenn das zweite Ereignis auf Zufall beruht, dessen Folgen vom Opfer zu tragen sind[258]. In der polnischen Literatur wird ein solcher Ansatz von *Kaliński* vertreten, der den Fall erörtert, in dem jemand als Folge eines Delikts zwei Finger verliert und dann einen Schlaganfall erleidet, der zur Paralyse führt: er meint, der

252 Siehe ua *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 43. SN Entscheidung vom 16.2.1965, OSNC Nr 11/1965, Pos 194.

253 *J. Jastrzębski,* Kwartalnik Prawa Prywatnego [KPP] Nr 3/2003, 614.

254 Basic Questions I Rz 5/114.

255 *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 43.

256 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 262. *Jastrzębski* hält dem entgegen, dass gesunder Menschenverstand gegen die Vorstellung spreche, Ursache eines Schadens, der die Haftung eines anderen mit sich bringt, sei ein dieser Person zuzurechnendes Ereignis, das den Schaden nur dann ausgelöst hätte, wenn das erste Ereignis nicht eingetreten wäre (vgl Basic Questions I Rz 5/116); wollte man trotz dieses Widersinns ein solches Ereignis als reale Ursache behandeln, würde es sich nicht mehr um ein Problem der überholenden, sondern um eines der kumulativen Kausalität handeln; *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 617.

257 I PR 330/64, OSNC Nr 11/1965, Pos 194.

258 Basic Questions I Rz 5/118 unter Hinweis auf *F. Bydlinski,* Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 78 ff, 95 ff.

Schlaganfall solle den Täter von der Haftung für Verlust der Arbeitsfähigkeit befreien, der durch den Verlust der Finger eingetreten ist[259].

Das Problem der überholenden Kausalität wurde jüngst von *Jastrzębski* eingehend behandelt, der eine von der bislang herrschenden Lehre abweichende Auffassung vertritt, nämlich dass die Zulässigkeit – und in der Tat Notwendigkeit – der Berücksichtigung von Reserveursachen eine einfache Konsequenz der Anwendung der Differenztheorie als Schadensberechnungsmethode sei[260]. Er bemerkt, dass eine Reduktion der Haftung des Täters als Ergebnis der *causa superveniens* nichts anderes sei als eine Überwälzung eines Risikos auf den Verletzten, dem dieser ohnedies ausgesetzt gewesen wäre (dh unabhängig vom ersten schädigenden Ereignis). Wenn man andererseits Reserveursachen ignorieren wollte, käme man zu einer Bestimmung des hypothetischen Zustands des Vermögens des Geschädigten allein auf der Basis von Ereignissen, die den Schaden erhöht haben, was kaum zu rechtfertigen ist[261]. Ungeachtet dessen meint *Jastrzębski,* dass bestimmte spätere Ereignisse nicht in Betracht gezogen werden sollten. Dazu zählen erstens Reserveursachen, die, falls sie eingetreten wären, die Haftung Dritter ausgelöst hätten (sonst würde der Verletzte des Ersatzes für einen Schaden beraubt, welcher derart verursacht wurde, dass er eine Haftung ausgelöst hätte, da der Dritte sich erfolgreich dahingehend verteidigen könnte, dass er den Schaden nicht verursacht habe, zumal dieser bereits eingetreten sei), und zweitens nachfolgende Ereignisse in einer Situation, in welcher der Schaden nach der objektiven Methode berechnet wurde. Hier muss erwähnt werden, dass *Jastrzębski* vom Begriff der *überholenden Kausalität* nachfolgende Ereignisse ausschließt, die tatsächlich »Einfluss ausgeübt« haben und »Schaden verursacht haben, der den früher verursachten Schaden absorbiert hat«[262] (ich habe die Beschreibung in Anführungszeichen gesetzt, da sie meines Erachtens nicht richtig ist: nachfolgender Schaden kann nicht früheren Schaden »absorbieren«, da dieser bereits zugefügt ist; es wäre deshalb passender, über Ereignisse zu sprechen, die tatsächlich nachgefolgt sind und Schaden verursacht haben, der den vorher zugefügten Schaden absorbiert *hätte),* was *Koziol* als überholende Kausalität bezeichnet, obwohl er gleichzeitig *Bydlinski* folgend einräumt, dass es sich in der Tat (wie bei allen Fällen überholender Kausalität) um zeitlich gestreckte kumulative Kausalität handelt[263]. *Jastrzębski* kategorisiert solche Situationen als Fälle mehrfacher Ursachen, die entweder zu Solidarhaftung führen (wenn der Schaden das unteilbare Ergebnis verschiedener Ursachen ist, von denen jede die Haftung rechtfertigt), oder zum 3/92

259 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 142.
260 Vgl Basic Questions I Rz 5/114.
261 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 631 f; 645 f.
262 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 619.
263 Basic Questions I Rz 5/115.

Ausschluss der Haftung für den ersten Täter bezüglich jenes Schadens, der aus dem zweiten Ereignis folgt (sofern dieses eine »nova causa interveniens« darstellt)[264]. Um erstere Variante zu illustrieren, führt er einen Fall an, der in den 1960er Jahren in Frankreich entschieden wurde. Dieser betrifft einen unteilbaren Schaden, der in völliger Arbeitsunfähigkeit des Opfers bestand. Der Schaden resultierte aus zwei aufeinanderfolgenden Delikten, von denen jedes den Verlust eines Auges des Opfers verursachte[265]. *Jastrzębski* behauptet, dass der Begriff *überholende Kausalität* Ereignisse umfasst, »die nicht wirklich im Laufe der Ereignisse eingreifen«, da ihnen »die (erste – Anmerkung KLR) Ursache die Möglichkeit nimmt, einzutreten *oder* (Hervorhebung durch KLR) Einfluss auszuüben«, und behandelt als »überholende Kausalität *stricto sensu«* Ereignisse, die rein hypothetisch sind, indem sie nie tatsächlich *eintreten*[266]. Seine Klassifikation unterscheidet sich daher von jener *Koziols,* der als überholende Kausalität nur Ereignisse betrachtet, die tatsächlich eingetreten sind[267], und rechtmäßiges Alternativverhalten, das von *Jastrzębski* als Beispiel überholender Kausalität behandelt wird[268], als gesondertes, wenngleich verwandtes Phänomen ansieht.

3/93 Um die obigen Bemerkungen abzuschließen, soll festgehalten werden, dass das Oberste Gericht jüngst einige Entscheidungen getroffen hat, in denen es eine von der bisherigen ständigen Rechtsprechung abweichende Auffassung zum Ausdruck brachte und erwog, eine Berücksichtigung der *causa superveniens* grundsätzlich für zulässig zu erachten[269]. In einer Entscheidung vom 2. März 2006 wurde eine Reserveursache als Faktor betrachtet, der die Haftung beschränken oder ausschließen konnte[270]. Die Entscheidung betraf folgende Situation: Den Rechtsvorgängern der Kläger wurde rechtswidrig ua das Recht auf (zeitlich beschränktes) Eigentum an einer Liegenschaft vorenthalten. Einige Jahre später wurde die Liegenschaft an eine Wohnbaugenossenschaft übertragen. Das Gericht stellte fest, dass die Rechtsvorgänger dann, wenn sie rechtmäßig behandelt worden wären und ihnen Eigentum übertragen worden wäre, nachträglich von Enteignung betroffen gewesen wären (da die Liegenschaft dazu bestimmt war, an die Wohnbaugenossenschaft übertragen zu werden) und angemessene Entschädigung erhalten hätten. Demgemäß wurde entschieden, dass der Schaden der Kläger nicht im Eigentumsverlust, sondern im Nichterhalten angemessener Entschädigung bestand. Der Umstand,

264 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 619 f.
265 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 619 f, und, dort zitiert, Tribunal correctionnel de la Seine, Entscheidung vom 5.5.1965, Juris Classeur Périodique 1965 III 14332.
266 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 623.
267 Siehe Basic Questions I Rz 5/125.
268 *Jastrzębski,* KPP Nr 3/2003, 640.
269 Allerdings betreffen die entschiedenen Fälle, wie *Bagińska* anmerkt, nicht Personenschäden; siehe *Bagińska,* Odpowiedzialność deliktowa 187.
270 SN Entscheidung vom 2.3.2006, I CSK 90/05, OSNC Nr 11/2006, Pos 193.

dass die Rechtsvorgänger der Kläger enteignet worden wären, wurde deshalb als Faktor betrachtet, der die Höhe des Ersatzes beeinflusste. Die Entscheidung wurde dafür kritisiert, dass sie die Reserveursache berücksichtigte, wo doch die Sicherheit ihres Eintretens ernsthaften Zweifeln ausgesetzt sein konnte[271]. »Causa superveniens« wurde auch in der Entscheidung vom 29. April 2010 als Faktor behandelt, der das Ausmaß des Schadens beeinflusste[272].

Eine andere Entscheidung, die hier erwähnt werden soll, ist im Jänner 2005 ergangen[273]. Sie betrifft das Problem rechtmäßigen Alternativverhaltens. In der Entscheidung hat das Oberste Gericht der Auffassung zugestimmt, nach welcher Reserveursachen grundsätzlich berücksichtigt werden sollten, allerdings mit bestimmten Ausnahmen[274], von denen eine genau auf die Umstände des zu entscheidenden Falles Anwendung fand. Das Gericht entschied, dass sich der Täter nicht darauf berufen kann, dass der Geschädigte auf Grund seines nachfolgenden rechtmäßigen Alternativverhaltens denselben Schaden erlitten hätte, *wenn das tatsächliche Verhalten des Täters eine Norm verletzt hat, die solchen Schaden zu verhüten bezweckte*[275] (siehe auch unten Rz 3/152). Man kann daher annehmen, dass dem Gericht zufolge rechtmäßiges Alternativverhalten *dann* berücksichtigt werden *kann,* wenn die verletzte Vorschrift *nicht bezweckt* hat, den durch rechtswidriges Verhalten zugefügten Schaden zu verhüten[276]. 3/94

In einer Entscheidung vom 29. April 2010[277] hat das Oberste Gericht Voraussetzungen aufgestellt, die vorliegen müssen, damit eine *causa superveniens* Berücksichtigung finden kann: das zweite Ereignis muss ein Glied in einer parallelen hypothetischen Kausalkette darstellen, unabhängig von der tatsächlichen Abfolge von Ereignissen; das schädigende Ereignis darf keine Gelegenheit für den Eintritt der hypothetischen Ursache geschaffen haben (da der Eintritt letzterer durch erstere verhindert wurde), der Geschädigte muss beweisen, dass das zweite Ereignis ohne das schädigende Ereignis fast sicher eingetreten wäre[278]. 3/95

271 *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1331. Siehe auch *J. Jastrzębski,* Anmerkung zur Entscheidung vom 2.3.2006 (I CSK 90/05), Palestra Nr 3-4/2007, 325 f.

272 IV CSK 467/09, LEX Nr 653781. Mehr zum Fall bei *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2010 (2011) 459 ff.

273 SN Entscheidung vom 14.1.2005, III CK 193/04, OSP Nr 7-8/2006, Pos 89.

274 So auch SN Entscheidung vom 15.4.2010, II CSK 544/09, OSNC-ZD Nr 4/2010, Pos 113 (für einen Kommentar zur Entscheidung siehe *E. Bagińska,* Poland in: H. Koziol/B.C. Steininger, European Tort Law 2010, 456 ff).

275 Diese Auffassung wurde wiederholt in SN Entscheidung vom 29.4.2010, IV CSK 467/09, LEX Nr 653781.

276 *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1331.

277 IV CSK 467/09, OSNC-ZD Nr 4/2010, Pos 116.

278 Siehe dazu auch *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2010, 460.

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Rechtswidrigkeit

A. Der Begriff der Rechtswidrigkeit

3/96 Wie in den meisten Rechtordnungen spielt Rechtswidrigkeit (im polnischen Recht wird der Ausdruck *bezprawność* (wörtlich »Unrechtmäßigkeit«) gebraucht)[279] im Bereich verschuldensabhängiger Haftung grundsätzlich eine wichtige Rolle[280], obgleich sie auch eine Voraussetzung der Amtshaftung bildet (Art 417 KC), die seit 2004[281] verschuldensunabhängig ist[282]. In diesem Zusammenhang ist sogar ein neues Haftungsprinzip aufgestellt worden (neben Verschulden, Gefährdung und Billigkeit), nämlich das der Rechtswidrigkeit, obwohl die Notwendigkeit dieser Unterscheidung bezweifelt worden ist[283].

3/97 Rechtswidrigkeit wird in Art 415 KC nicht ausdrücklich genannt. Der Artikel lautet: »Wer durch sein Verschulden einem anderen Schaden zugefügt hat, ist verpflichtet, diesen zu ersetzen«[284]. Nach herkömmlicher Auffassung stellt Rechtswidrigkeit ein objektives Element des Verschuldens dar[285], doch zahlreiche Autoren betrachten sie als Voraussetzung von Verschulden (siehe auch unten Rz 3/110)[286].

---

279 Zum Begriff der Rechtswidrigkeit im polnischen Recht siehe auch *G. Żmij,* Wrongfulness as a liability's prerequisite in Art 415 Polish Civil Code, in: B. Heiderhoff/G. Żmij (Hrsg), Tort Law in Poland, Germany and Europe (2009) 13 ff.

280 Sie ist daher für den Bereich der strikten Haftung irrelevant; siehe ua *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 60; *Olejniczak* in: Kidyba (Hrsg), Kodeks cywilny, Kommentar zu Art 435, Rz 15; SN Entscheidung vom 7.4.1970, III CZP 17/70, OSP Nr 9/1971, Pos 169; SN Entscheidung vom 28.11.2007, V CSK 282/07, OSNC-ZD Nr 2/2008, Pos 54; SN Entscheidung vom 9.5.2008, III CSK 360/07, LEX Nr 424387; SN Entscheidung vom 12.12.2008, II CSK 367/08, LEX Nr 508805.

281 Ausführlicher zu den novellierten Vorschriften bezüglich Haftung für die Ausübung von Amtsgewalt *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2004, 462 ff.

282 Es ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber in Art 417 nicht wie in mehreren anderen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs (ua Art 24, Art 423) den Ausdruck *unrechtmäßig (bezprawny)* verwendet hat, sondern den Verfassungsausdruck *unvereinbar mit dem Recht (niezgodny z prawem).* Das hat zu zwei divergierenden Auslegungen dieser Haftungsvoraussetzung für die Ausübung von Amtsgewalt geführt (siehe unten Rz 3/97).

283 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 218; *E. Bagińska,* Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej (2006) 217 ff.

284 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 192).

285 *Czachórski,* Prawo zobowiązań 244; *W. Czachórski/A. Brzozowski/M. Safjan/E. Skowrońska-Bocian,* Zobowiązania. Zarys wykładu (2004) 210.

286 Siehe ua *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych, in: Studia Prawno-Ekonomiczne (1969) 90. *W. Warkałło* (Anmerkung zu SN

Während bezüglich der rechtlichen Einordnung der Rechtswidrigkeit keine Einigkeit besteht, wird die Notwendigkeit, sie als Voraussetzung verschuldensabhängiger Haftung zu sehen, nicht in Frage gestellt[287]. Der springende Punkt des Rechtswidrigkeitskonzepts liegt im Verhältnis zwischen menschlichem Verhalten und einer Norm der Rechtsordnung[288]. Im Bereich verschuldensabhängiger Haftung wird »bezprawność« in einem weiten Sinn verstanden[289], dh nicht nur als Verletzung der einen oder anderen gesetzlichen Bestimmung, sondern auch als Verletzung der »Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft«[290], während im Bereich der Amtshaftung zwei Auffassungen einander gegenüberstehen: die eine plädiert zugunsten des »traditionellen« weiten Verständnisses[291], während die andere einen engen Rechtswidrigkeitsbegriff befürwortet (nämlich »bezprawność« als Verletzung einer gesetzlichen Bestimmung)[292].

Es besteht einige Verwirrung, ob die zur Vermeidung von Schadenszufügung **3/98**
an Andere erforderliche Sorgfalt im Begriff Rechtswidrigkeit eingeschlossen sein sollte. Solche Sorgfalt – nach einem objektiven Maßstab beurteilt (siehe unten Rz 3/118) – wird im allgemeinen als mit Verschulden »im engeren Sinn« verbunden

Entscheidung vom 7.4.1962, 2 CR 546/61, PiP Nr 12/1963, 970) stellt fest, dass »Rechtswidrigkeit (Unrechtmäßigkeit) eine notwendige Bedingung verschuldensabhängiger Haftung darstelle, und nicht eine Sonderform oder Komponente von Verschulden«. *Warkałło's* Feststellung bezieht sich auf eine alte und nicht mehr vertretene, ursprünglich von *R. Longchamps de Berier* aufgestellte Theorie, wonach Verschulden aus zwei Komponenten bestehe: objektivem und subjektivem Verschulden. Diese Theorie wurde durch die Entscheidung vom 7.4.1962 übernommen.

287 Rechtswidrigkeit ist auch als »objektive Unangemessenheit« menschlichen Verhaltens definiert worden, siehe *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 375 ff; *Czachórski/Brzozowski/Safjan/Skowrońska-Bocian,* Zobowiązania 210.

288 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 378; *Lewaszkiewicz-Petrykowska* in: Studia Prawno-Ekonomiczne 90.

289 Siehe ua *M. Sośniak,* Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone (1959) 102 f; *A. Szpunar,* Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym, Studia Cywilistyczne (1970) 51; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 194 f; für eine abweichende Meinung, die für ein enges Verständnis von Rechtswidrigkeit eintritt, siehe *K. Pietrzykowski,* Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej a zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje, in: M. Pyziak-Szafnicka (Hrsg), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara (2004) 179.

290 Die »Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft«-Klausel ist eine der Generalklauseln des polnischen Privatrechts. Sie bezieht sich auf ethische Verhaltensregeln, die in der Gesellschaft allgemein anerkannt sind.

291 Siehe ua *E. Bagińska,* Odpowiedzialność odszkodowawcza 315 f; *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1583.

292 *M. Safjan/K.J. Matuszczyk,* Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (2009) 47 f. *Z. Radwański,* Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny (RPEiS) Nr 2/2004, 13; Erkenntnis des Verfassungsgerichts (Trybunał Konstytucyjny), SK 18/00, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Nr 78/2001, Pos 256.

gesehen[293], obgleich auch überzeugend argumentiert worden ist, dass sie mit der Rechtswidrigkeit verknüpft ist[294].

3/99 Aus dem Gesagten geht hervor, dass die polnische Rechtswidrigkeitstheorie als *Verhaltensunrechtslehre* zu betrachten ist[295]. Allerdings wird auch argumentiert, dass dann, wenn ein absolut geschütztes Recht durch ein bestimmtes Verhalten verletzt wird, das Verhalten als rechtswidrig beurteilt wird, was auf den ersten Blick eine *Erfolgsunrechtslehre* widerzuspiegeln scheint, doch die Rechtfertigung steht im Einklang mit der *Verhaltensunrechtslehre:* es wird vorgebracht, dass das gegenständliche Verhalten eine an die Allgemeinheit adressierte Norm verletzt, die solche Beeinträchtigungen verbietet[296].[297] In Übereinstimmung mit dieser Auffassung wird eine Unterlassung, die ein absolut geschütztes Recht verletzt, nur dann als rechtswidrig betrachtet, wenn eine allgemeine (universelle) Pflicht zu einem Handeln besteht[298]. Es wird betont, dass eine Unterlassung nur dann rechtswidrig ist, wenn die Handlungspflicht durch das Gesetz und nicht durch die »Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft« auferlegt wird[299].

3/100 Rechtswidrigkeit reicht grundsätzlich für sich allein nicht aus, um Haftung für Schadenszufügung zu rechtfertigen, doch sie genügt zur Auslösung von Unterlassungs- und Herausgabeansprüchen sowie von Notwehrrechten. Rechtswidriges aber nicht schuldhaftes Verhalten kann in Verbindung mit anderen Faktoren zu Haftung führen. So können zB Kinder und Geisteskranke voll oder teilweise für Schadenszufügung haftbar sein, wenn sie rechtswidrig gehandelt haben und ihre Haftung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Umstände gerechtfertigt erscheint (siehe unten Rz 3/136). Auch ist die Rechtswidrigkeit des Verhaltens

---

293 Siehe ua *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 381; *Szpunar,* Czyny niedozwolone 50 f; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania – część ogólna 200; *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 457, 465.

294 *J. Dąbrowa,* Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej (1968) 220 f. *M. Krajewski,* Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy, PiP Nr 10/1997, 32 ff.

295 Eine Auffassung, nach der jedes schädigende Verhalten als rechtswidrig betrachtet werden sollte, ist auf Kritik gestoßen, siehe dazu ausführlicher *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1559 und die dort zitierte Literatur.

296 Obwohl, wie *Koziol* richtig bemerkt, nicht alle Beeinträchtigungen verboten sind; geringfügige Verletzungen sind zu dulden (siehe Basic Questions I Rz 6/8.).

297 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 380.

298 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 380 und die dort zitierte SN Entscheidung vom 17.12.2004, II CK 300/04, OSP Nr 2/2006, Pos 20, Anmerkung von *M. Nesterowicz* (siehe die Fallbesprechung durch *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 382 f).

299 Auf Grund des Umstandes, dass die Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft den Umfang der Handlungspflicht und die Person, der diese Pflicht auferlegt ist, nicht ausreichend bestimmen. Siehe *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1559. Eine abweichende Auffassung, wonach die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung in einer Verletzung der Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft bestehen kann, wird allerdings ebenfalls vertreten; mehr dazu bei *Pietrzykowski* in: Pyziak-Szafnicka, Odpowiedzialność cywilna 171, FN 18.

unabhängiger Gehilfen wie die von Kindern und Geisteskranken eine Voraussetzung der Haftung des Geschäftsherrn bzw der Aufsichtspersonen (siehe Rz 3/120 und 3/123).

B. Schutz gegen geringfügige Verletzungen?

Das polnische Recht enthält keine ausdrückliche allgemeine Regel, wonach für geringfügige Schäden kein Ersatz zu leisten sei, doch der Gedanke einer Geringfügigkeitsschwelle tritt sowohl im Bereich materieller als auch im Bereich immaterieller Schäden in Erscheinung. Bezüglich immaterieller Schäden wird die Ablehnung von Schadenersatz als gerechtfertigt erachtet, wenn objektiv verifizierbare Kriterien die Geringfügigkeit des erlittenen Schadens indizieren (siehe auch oben Rz 3/64)[300]. Eine allgemeine Geringfügigkeitsschwelle dieser Art hat in den Bereich materiellen Schadens nicht Eingang gefunden, wo in der Regel Schaden voll zu ersetzen ist, unabhängig von seinem Umfang. Eine Ausnahme auf Grund von EU-Recht wird in den Bestimmungen zur Produkthaftung vorgesehen: Art 449[7] § 2 KC legt für Fälle von Sachschaden eine Schwelle von € 500,– fest. Im Nachbarrecht sieht Art 144 KC vor, dass bei der Ausübung seiner Rechte »der Eigentümer einer Liegenschaft solche Handlungen unterlassen soll, welche die Nutzung benachbarter Liegenschaften über das sich aus der sozialen und wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Liegenschaft sowie aus den örtlichen Umständen ergebende ›durchschmittliche Maß‹ hinaus stören würden«. Grundstücksnachbarn müssen deshalb Immissionen dulden, die das besagte »durchschnittliche Ausmaß« nicht überschreiten, da diese nicht rechtswidrig sind. 3/101

C. Der Schutz reiner Vermögensinteressen

Nach *Pajor* gibt es im polnischen Recht keine Hierarchie rechtlich geschützer Interessen, und daher ist gemäß dem Prinzip voller Wiedergutmachung des Art 361 § 2 KC in der Regel »jede Art materiellen Schadens zu ersetzen, einschließlich reinen Vermögensschadens«[301]. Nur durch Ausnahmebestimmungen wird der scha- 3/102

300 Siehe die SN Entscheidung vom 23.1.1975 (II CR 763/73, OSP Nr 7-8/1975, Pos 171), wo das Oberste Gericht feststellte, das Gericht solle die Möglichkeit der Verweigerung von Ersatz dann wahrnehmen, wenn der vom Opfer erlittene immaterielle Schaden nur in geringfügiger physischer Unannehmlichkeit bestand und der Täter alles ihm Mögliche getan hatte, um den Schaden zu vermeiden und die Unannehmlichkeit zu mildern, da in einem solchen Fall Billigkeitserwägungen nicht verlangten, den Schaden durch Geldersatz auszugleichen.

301 *T. Pajor,* Poland, in: V.V. Palmer/M. Bussani (Hrsg), Pure Economic Loss. New Horizons in Comparative Law (2009) 260.

denersatzrechtliche Schutz ausdrücklich auf Personenschaden und Sachschaden begrenzt[302], was den Schluss erlaubt, dass reiner Vermögensschaden, dh finanzieller Verlust, der nicht aus einer physischen Verletzung der eigenen Person oder Sache des Klägers folgt[303], sonst grundsätzlich nicht vom Bereich der Ersatzpflicht ausgenommen ist und ersetzt werden sollte, natürlich nur soweit er innerhalb der Adäquanzgrenzen verbleibt (Art 361 § 1 KC)[304]. Abgesehen vom Kriterium der Adäquanz wird die Ersatzfähigkeit eines solchen Schadens auch durch ein Prinzip beschränkt, das von der Mehrheit der Wissenschaftler vertreten und durch Fallrecht gestützt wird, nämlich dass nach polnischem Schadenersatzrecht nur für solche Schäden Ersatz zuerkannt wird, die von einem *direkten Opfer* erlitten werden, dh von der Person, gegen die das schadensauslösende Ereignis gerichtet war[305]. Dieses Prinzip ist der Weg, auf dem unsere Rechtsordnung »die Schleusen geschlossen hält«[306]. Art 446 KC, der einige Kategorien »indirekt betroffener«[307] Personen berechtigt, Ersatz für Schäden zu erlangen, die ihnen aus dem Tod des Primäropfers erwachsen sind[308], wird als Ausnahme verstanden, welche die Regel bestätigt, dass Schadenersatz nur Primäropfern zuzusprechen ist. Die Richtigkeit der Auffassung, das polnische Recht betrachte nur jene Schäden als ersatzfähig, die von Personen erlitten werden, gegen die das schadensauslösende Ereignis gerichtet ist, wurde allerdings mit überzeugenden Argumenten in Zweifel gezogen[309].

3/103 *Bagińska* und *Nesterowicz* erklären, dass reiner Vermögensschaden dann ersetzt wird, wenn er in die Kategorie Gewinnentgang fällt[310].

3/104 Reine Vermögensinteressen werden im Rahmen der *culpa in contrahendo* geschützt: eine schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Verhaltenspflichten löst

302 Eine solche Begrenzung nehmen die Art 435 und 436 KC vor (siehe Rz 3/126).

303 *European Group on Tort Law,* Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 32.

304 Siehe *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 100 f.

305 Siehe ua *Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową 63; *derselbe,* Anmerkung zu SN Entscheidung vom 3.3.1956, 2 CR 166/56, OSPiKA Nr 7-8/1959, Pos 197, 382. *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 258 f; *Ohanowicz/Górski,* Zarys 60 f; *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 38; *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 384; SN Entscheidung vom 28.12.1972, I CR 615/72, OSPiKA Nr 1/1974, Pos 7; SN Entscheidung vom 13.10.1987, IV CR 266/87, OSNC Nr 9/1989, Pos 142.

306 Mehr zu diesem Problem bei *Pajor* in: Palmer/Bussani, Pure Economic Loss 264.

307 *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 264.

308 Mehr zu dieser Bestimmung bei *K. Ludwichowska-Redo,* Liability for Loss of Housekeeping Capacity in Poland, in: E. Karner/K. Oliphant (Hrsg), Loss of Housekeeping Capacity (2012) 201.

309 *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 689; *M. Safjan,* Problematyka tzw. bezprawności względnej oraz związku przyczynowego na tle odpowiedzialności za niezgodne z prawem akty normatywne, in: L. Ogiegło/W. Popiołek/M. Szpunar (Hrsg), Rozprawy prawnicze: księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana (2005) 1327 ff; *L. Stecki,* Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią, in: S. Sołtysiński (Hrsg), Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego (1990) 300; *B. Lackoroński,* Odpowiedzialność za tzw. szkody pośrednie w polskim prawie cywilnym, in: J. Jastrzębski (Hrsg), Odpowiedzialność odszkodowawcza (2007) 172 f.

310 *Bagińska/Nesterowicz* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 331.

eine Ersatzpflicht hinsichtlich eines Schadens aus, der daraus entsteht, dass der angestrebte Vertrag nicht abgeschlossen wurde oder sich als nichtig herausstellt, wobei der Schaden in den Kosten der Person besteht, die den Vertragsabschluss erwartet hat, sowie – doch dies ist nicht allgemein anerkannt – aus dem Gewinnentgang dieser Person (hauptsächlich Gewinn aus einem anderen Vertrag, den sie nicht abgeschlossen hat, da sie erwartete, der erste Vertrag werde wirksam werden)[311].

Was einen deliktsrechtlichen Schutz von Verträgen betrifft, die reine Vermö- **3/105**
gensinteressen schaffen oder schützen[312], wird allgemein anerkannt, dass ein Eingriff in ein Vertragsverhältnis durch einen Dritten unter bestimmten Umständen dessen Haftung aus Delikt auslösen kann. Es wird auch überzeugend argumentiert, dass eine solche Haftung nur bei einem Verhalten des Dritten entstehen wird, das auf die Schädigung des Gläubigers *gerichtet ist,* da ein solches Verhalten deshalb als rechtswidrig gelten muss, weil es den »Prinzipien des Zusammenlebens in der Gemeinschaft« widerspricht. *Grzybowski* verlangt lediglich, dass das betreffende Verhalten schuldhaft ist[313], doch *Machnikowski* argumentiert überzeugend, dass eine fahrlässige Nichtbeachtung eines Vertrages nicht ausreicht und nur vorsätzliche Eingriffe in Betracht kommen[314].

Wie in vielen anderen Rechtsordnungen erhalten im Todesfall des Primärop- **3/106**
fers die Hinterbliebenen einen eigenen Anspruch auf Ersatz für Unterhaltsentgang (Art 446 § 2 KC). Sie können auch Ersatz für andere wirtschaftliche Verluste fordern, die nicht genau bezifferbar sind (Art 446 § 3 KC)[315].

Wird reiner Vermögensschaden vorsätzlich verursacht, muss die Haftung mE **3/107**
als gerechtfertigt erscheinen, denn erstens beschränkt das Adäquanzkriterium in solchen Fällen nicht das Ausmaß der Ersatzleistung (siehe unten Rz 3/114), und zweitens, da das Verhalten des Täters gegen die Person gerichtet ist, die den Schaden erleidet, wird Haftung nicht durch das Prinzip ausgeschlossen, nach dem das polnische Recht nur den Ersatz von Schäden zulässt, die ein direktes Opfer erleidet (siehe Rz 3/102).

311 Mehr dazu bei *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 95 f, 139.

312 *P. Cane,* Tort Law and Economic Interests (2006) 454 f, zitiert nach *W. H. van Boom,* Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: W. van Boom/H. Koziol/C. A. Witting (Hrsg), Pure Economic Loss (2004) 16.

313 *S. Grzybowski* in: Z. Radwański (Hrsg), System Prawa Cywilnego. Band III, Teil 1: Prawo zobowiązań – część ogólna (1981) 48.

314 Siehe *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 386 und die dort zitierte Literatur.

315 Siehe ua *Ludwichowska-Redo* in: Karner/Oliphant, Housekeeping Capacity 201.

II. Verschulden

A. Begriff, Voraussetzungen und Bedeutung

3/108 Im polnischen Recht hat die strikte Haftung im Laufe der Jahre so stark an Bedeutung gewonnen, dass sie nunmehr gleiches Gewicht wie die Verschuldenshaftung hat[316]; man kann daher von einer Zweispurigkeit der Haftung sprechen[317].

3/109 Verschulden wird vom polnischen Gesetzgeber nicht definiert, und wissenschaftliche Überlegungen zu diesem Begriff sind von der Strafrechtslehre beeinflusst. Früher wurde Verschulden als fehlerhafte psychische Einstellung des Täters zu seiner Tat definiert (sogenannte psychologische Auffassung)[318], doch diese Theorie ist weitgehend aufgegeben worden, und zur Zeit herrscht eine sogenannte normative Auffassung, nach der grob gesprochen einer Person Verschulden zugerechnet werden kann, wenn ihr das Fehlverhalten, das zum Schaden geführt hat, *vorzuwerfen ist.* Verschulden läuft daher auf Vorwerfbarkeit hinaus[319]. Die Entscheidung für die normative Auffassung führt zur Verwischung der Grenzen zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden[320].

3/110 Da Rechtswidrigkeit in Art 415 KC nicht ausdrücklich erwähnt wird, bildet sie nach traditioneller Auffassung ein objektives Element des Verschuldens, das daher aus zwei Elementen besteht: einem objektiven (Rechtswidrigkeit) und einem subjektiven (manchmal als Verschulden *sensu stricto* bezeichnet)[321]. Eine andere Meinung hat jedoch in den vergangenen Jahrzehnten beträchtliche Unterstützung erlangt. Sie unterscheidet Rechtswidrigkeit von Verschulden und behandelt erstere als Voraussetzung des letzteren. So ist zB nach *Lewaszkiewicz-Petrykowska* Verschulden »eine negative Bewertung des Verhaltens einer Person, indem ihr auf der Grundlage einer Analyse ihres Verhaltens und einer geltenden Rechtsnorm ein Vorwurf gemacht werden kann«[322], während *Radwański* es als »vorwerfbare Entscheidung einer Person betreffend ihr rechtswidriges Verhalten« definiert[323].

3/111 Es bestehen verschiedene Auffassungen darüber, ob Verschulden sich nur auf das Verhalten des Täters bezieht (dh ob nur sein Verhalten schuldhaft sein

316 Siehe ua *Nesterowicz* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 42.

317 Basic Questions I Rz 6/79.

318 *Ohanowicz/Górski,* Zarys 126; mehr zum psychologischen Verschuldensbegriff bei *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Problem definicji winy, jako podstawy odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego (ZNUŁ) 1959, Nr 14, 32 f.

319 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* ZNUŁ 1959, Nr 14, 43; SN Entscheidung vom 26.9.2003, IV CK 32/02, LEX Nr 146462.

320 Siehe *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1556 und die dort zitierte Literatur.

321 Siehe ua *Czachórski,* Prawo zobowiązań 244; SN Entscheidung vom 26.9.2003, IV CK 32/02, LEX Nr 146462.

322 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* ZNUŁ 1959, Nr 14, 43.

323 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 198.

muss)[324], oder auch auf den schädigenden Erfolg[325]. Erstere bietet vom Standpunkt des Verletzten die sinnvollere Lösung: da der Täter für den schädigenden Erfolg seines vorwerfbaren Verhaltens verantwortlich ist – auch wenn er diesen nicht angestrebt hat oder diesen nicht vorhergesehen hat oder nicht vorhersehen konnte –, ist es für das Opfer leichter, Verschulden zu beweisen.

Verschulden kann nur Personen vorgeworfen werden, die geistig gesund und reif sind. Verschuldensfähigkeit tritt nach polnischem Deliktsrecht mit der Vollendung des 13. Lebensjahres ein (Art 426 KC). Es handelt sich um eine feste Altersgrenze, durch die eine Prüfung der Einsichtsfähigkeit von Personen unter 13 Jahren ausgeschlossen wird. Personen, die 13 Jahre alt oder älter sind, können auf Grund von Geisteskrankheit als unfähig gelten, schuldhaft zu handeln[326]. Nach Art 425 KC ist »eine Person, die sich aus welchem Grund auch immer in einem Zustand befindet, der sie daran hindert, eine bewusste und freie Entscheidung zu treffen und ihren Willen auszudrücken, nicht für den Schaden verantwortlich, den sie in diesem Zustand verursacht« (§ 1); »allerdings ist eine Person, deren geistige Funktionen durch den Gebrauch berauschender Getränke oder ähnlicher Substanzen beeinträchtigt worden sind, verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, es sei denn, der beeinträchtigende Zustand ist ohne ihr eigenes Verschulden verursacht worden« (§ 2)[327]. **3/112**

Ähnlich wie im deutschen und österreichischen Recht können verschuldensunfähige Personen trotzdem auf der Grundlage von Billigkeitserwägungen haftbar werden (Art 428 KC; siehe unten Rz 3/136) **3/113**

Jede Art von Verschulden und sogar sein geringster Grad lösen nach polnischem Deliktsrecht Haftung aus[328]. Nur ausnahmsweise wird Verantwortlichkeit **3/114**

---

324 Siehe ua *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 250; *J. Jastrzębski,* Interferencje adekwatnej przyczynowości oraz winy przy odpowiedzialności za szkodę majątkową, Przegląd Sądowy (PS) Nr 7-8/2004, 28; *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 53 f; mehr zu dieser Frage bei *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 52 f.

325 *W. Czachórski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego. Band III, Teil 1: Prawo zobowiązań – część ogólna (1981) 546 f; *Koch,* Związek przyczynowy 189 ff. *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200 (zum Vorsatz).

326 Bezüglich der geistigen Gesundheit von Minderjährigen, die 13 Jahre oder älter sind, bestehen divergierende Auffassungen; es wird entweder verlangt, die Frage je nach den Umständen des Falles zu beantworten, wobei die Beweislast bezüglich der geistigen Reife des Minderjährigen beim Geschädigten liegen solle (ua SN Entscheidung vom 11. 1. 2001, IV CKN 1469/00, OSP Nr 1-2/2002, Pos 2; *Z. Banaszczyk,* O odpowiedzialności deliktowej osoby małoletniej za czyn własny na zasadzie winy, in: M. Pyziak-Szafnicka (Hrsg), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara (2004) 108 f), oder dass die geistige Gesundheit des Minderjährigen vermutet werden kann *(A. Szpunar,* Anmerkung zur Entscheidung vom 11. 1. 2001, OSP Nr 6/2002, Pos 81; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 199).

327 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 194).

328 SN Entscheidung vom 10. 10. 1975, I CR 656/75, LEX Nr 7759.

auf qualifiziertes Verschulden beschränkt (so haften zB ein Anstifter, eine Person, die bewusst durch den Schaden, der einem anderem zugefügt wird, Vorteile erlangt und nach hL auch eine Person, die Beihilfe leistet, nur für Vorsatz[329]; Art 422 KC[330]). Eine andere Frage lautet, ob der Verschuldensgrad den Haftungsumfang beeinflussen kann, insbesondere ob schweres Verschulden eine Überschreitung der Adäquanzgrenzen rechtfertigt, so dass der Täter auch für außergewöhnliche Folgen seines Verhaltens zur Verantwortung gezogen werden kann. Grundsätzlich ist der Täter nur für die gewöhnlichen Folgen seines Handelns verantwortlich, unabhängig vom Grad seines Verschuldens (Art 361 § 1 KC), doch eine Abweichung von dieser Regel wird in Fällen von Vorsatz akzeptiert: es wird argumentiert, dass dann, wenn der Vorsatz des Täters außergewöhnliche Folgen umfasst, dies auch für seine Haftung gelten solle[331].

3/115 Der Grad des Verschuldens des Täters kann Einfluss auf den Umfang des ersatzfähigen immateriellen Schadens des Opfers haben[332] und auch eine Rolle spielen, wenn es wegen Mitverantwortung des Geschädigten zu einer Reduktion der Ersatzpflicht kommt (siehe unten Rz 3/143).

3/116 Vorsatz liegt vor, wenn sich der Täter entweder absichtlich rechtswidrig verhält oder bewusst eine solche Möglichkeit in Kauf nimmt[333], oder alternativ (siehe oben Rz 3/111 bezüglich der unterschiedlichen Auffassungen, ob Verschulden verhaltensbezogen oder erfolgsbezogen gesehen werden soll), entweder durch sein rechtswidriges Verhalten Schaden zufügen will, oder bewusst eine solche Möglichkeit in Kauf nimmt[334].

3/117 Nichtvorsätzliches Verschulden konzentriert sich im polnischen Privatrecht auf den Begriff *niedbalstwo* (Fahrlässigkeit)[335]. In der einschlägigen Literatur wird darauf hingewiesen, dass Richtlinien zum Verständnis von Fahrlässigkeit in Art 355 KC zu finden seien, der feststellt »der Schuldner ist verpflichtet, jene

---

329 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Wyrządzenie szkody 107, 112, 117; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 202.

330 Art 422 KC: »Es ist nicht nur die Person haftbar, die den Schaden unmittelbar verursacht, sondern auch wer einen anderen veranlasst, Schaden zu verursachen oder ihm dabei behilflich ist, sowie wer wissentlich aus dem Schaden Vorteil zieht, der einem anderen zugefügt worden ist.« Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 193).

331 *Koch,* Związek przyczynowy 190 ff; *Jastrzębski,* PS Nr 7-8/2004, 34; *T. Dybowski,* argumentiert hingegen, dass die Grenzen der Adäquanz nicht überschritten werden, da die Folgen eines bewussten und vorsätzlichen Verhaltens diesem stets adäquat sind: *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 271.

332 Siehe ua *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1737 und SN Entscheidung vom 19. 8. 1980, IV CR 283/80, OSNC Nr 5/1981, Pos 181, dort zitiert; *Jastrzębski,* PS Nr 7-8/2004, 26, 34; *Szpunar,* Zadośćuczynienie 183.

333 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 412.

334 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200.

335 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200.

Sorgfalt aufzuwenden, die gewöhnlich in Verhältnissen einer bestimmten Art erforderlich ist (erforderliche Sorgfalt). Die erforderliche Sorgfalt des Schuldners im Bereich der von ihm ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit wird unter Berücksichtigung des beruflichen Charakters dieser Tätigkeit festgestellt«. Obwohl diese Bestimmung ausdrücklich auf einen *Schuldner* abstellt, wird sie sowohl von den Gerichten[336] als auch von der Wissenschaft[337] auch auf außervertragliche Rechtsverhältnisse angewendet.

B. Subjektive oder objektive Beurteilung des Verschuldens?

Wie in Österreich und Deutschland wird die erforderliche Sorgfalt an objektiven Maßstäben gemessen[338] und es gilt ein höherer Sorgfaltsmaßstab für Fachleute. Die Handlung des Täters wird mit dem Verhalten einer sorgfältigen Person unter denselben Umständen (in derselben Situation) verglichen[339]; es liegt auf der Hand, dass eine solche Einschätzung die Grenzen zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit verwischt[340]. Mehrere Autoren betonen zu Recht, dass ein Abweichen von einem objektiven Verhaltensmaßstab nicht Verschulden bedeute[341] und nur einen Täter, der sich unter den Umständen sorgfältig verhalten hätte können, Verschulden treffe[342]. Daraus folgt, dass man abgesehen vom Vergleich des Täterverhaltens mit einem bestimmten Standard auch die Umstände in Betracht ziehen muss, unter denen sich eine solche Divergenz ergeben hat[343]. Eine Person trifft daher kein Verschulden, wenn es für sie physisch unmöglich war, dem Standard zu entsprechen, und sie könnte als nicht fahrlässig gelten, wenn sie falsch informiert oder **3/118**

336 SN Entscheidung vom 15.2.1971, III CZP 33/70, OSNC Nr 4/1971, Pos 59; SN Entscheidung vom 12.6.2002, III CKN 694/00, OSN Nr 9/2003, Pos 24.

337 Siehe ua *Lewaszkiewicz-Petrykowska* in: Studia Prawno-Ekonomiczne 98; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1278. Für eine abweichende Meinung, der zufolge Art 355 KC im Bereich der Deliktshaftung nicht anwendbar ist, siehe *Z. Banaszczyk/P. Granecki,* O istocie należytej staranności, Palestra Nr 7-8/2002, 12 f; *Krajewski,* PiP Nr 10/1997, 33.

338 Siehe ua *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200.

339 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 200; *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 415.

340 *Lewaszkiewicz-Petrykowska* in: Studia Prawno-Ekonomiczne 100.

341 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 201; *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 415. *Dąbrowa* betont, dass die Beschränkung auf die Feststellung der Verletzung gewisser Verhaltenspflichten ohne Berücksichtigung des psychologischen Aspekts des Verhaltens des Täters de facto zu einer Objektivierung der Haftung führen würde, die nicht wirklich dem Willen des Gesetzgebers entspräche: *Dąbrowa,* Wina jako przesłanka 212 f.

342 Siehe ua *Olejniczak* in: Kidyba, Kodeks cywilny, Kommentar zu Art 415, Rz 27.

343 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 201; See *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 415.

bedroht gewesen ist[344]. Es ist strittig, ob und in welchem Ausmaß persönliche Eigenschaften des Täters in Betracht zu ziehen sind[345]. *Machnikowski* argumentiert überzeugend, dass nur solche Eigenschaften berücksichtigt werden sollen, die einen wesentlichen Einfluss auf das Verhalten des Täters haben und gleichzeitig dauerhaft oder leicht erkennbar sind (Alter, sichtbare geistige oder körperliche Behinderung, sichtbare Krankheit)[346]. Es scheint jedoch, dass individuelle Eigenschaften bei Fachleuten nicht in Betracht zu ziehen sind. Wie *Koziol* zu Recht feststellt, erzeugt jeder, der eine Tätigkeit ausübt, die besondere Kenntnisse und Verstandeskräfte erfordert, obwohl ihm die entsprechenden Fähigkeiten fehlen, dadurch eine Quelle besonderer Gefahr auch für Dritte[347], wodurch eine Objektivierung der Haftung gerechtfertigt erscheint.

3/119 Wie oben ausgeführt wurde, ist die Grenze zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden im polnischen Schadenersatzrecht einigermaßen verwischt, und zwar hauptsächlich deshalb, weil die Zurechnung als Fahrlässigkeit stark auf objektiven Kriterien beruht. *Safjan* spricht von »weitreichender Objektivierung« des Verschuldens[348]. Gerichte neigen dazu, Fahrlässigkeit allein deshalb anzunehmen, weil bestimmte Pflichten verletzt worden sind, insbesondere wenn Fachleute betroffen sind[349]. Es steht jedoch unzweifelhaft fest, dass a) nur objektive Kriterien in Frage kommen, wenn es um die Feststellung von Rechtswidrigkeit geht, b) nur rechtswidriges Verhalten fahrlässig sein kann, und c) nicht jedes rechtswidrige Verhalten auch zugleich fahrlässig ist.

344 Siehe *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 415; *Olejniczak* in: Kidyba, Kodeks cywilny, Kommentar zu Art 415, Rz 27.

345 In seiner Entscheidung vom 15.2.1971 (III CZP 33/70) hat das Oberste Gericht festgestellt, dass persönliche physische oder geistige Eigenschaften des Täters bei der Beurteilung von Fahrlässigkeit nicht in Betracht zu ziehen sind.

346 Siehe ua *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 416.

347 Basic Questions I Rz 6/89.

348 *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1767.

349 Siehe ua SN Entscheidung vom 12.6.2002 (III CKN 694/00, OSN Nr 9/2003, 124) bezüglich deliktischer Haftung eines Notars, wobei das Oberste Gericht feststellte, der bloße Umstand, dass ein Notar seine Pflichten verletzt hat, genüge üblicherweise zur Annahme von Verschulden, zumindest in der Form von Fahrlässigkeit (mehr zum Fall bei *E. Bagińska,* Poland, in: H. Koziol/B. C. Steininger [Hrsg], European Tort Law 2003 [2004] 324 f); siehe auch SN Entscheidung vom 30.8.1958, 2 CR 772/57, OSP Nr 11/1959, Pos 291; SN Entscheidung vom 2.12.2003, III CK 430/03, OSNC Nr 1/2005, Pos 10, Anmerkung von *M. Nesterowicz* (OSP Nr 5/2005, Pos 21); mehr zum Fall *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 458 ff; SN Entscheidung vom 1.12.2006 (I CSK 315/06, OSNC Nr 11/2007, Pos 169), bezüglich einer Pflichtverletzung seitens eines Bilanzprüfers (mehr zum Fall bei *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 459); SN Entscheidung vom 13.10.2005 (IV CK 161/05, OSP Nr 6/2006, Pos 71), wo das Oberste Gericht feststellte, dass eine Verletzung der Pflicht zur beruflichen Weiterbildung seitens eines Arztes Verschulden zumindest in der Form von Fahrlässigkeit darstelle (mehr zum Fall bei *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 384 ff).

III. Sonstige Fehler in der eigenen Sphäre

A. Mangelhaftes Verhalten von Personen

Das Zivilgesetzbuch enthält besondere Vorschriften über die Deliktshaftung für Gehilfen (Art 429 und 430 KC) sowie über die Haftung für Minderjährige unter 13 Jahren und für verschuldensunfähige Erwachsene (Art 427 KC). Haftung für andere beruht entweder auf Gefährdung (Art 430 KC) oder auf vermutetem Verschulden *(culpa in eligendo,* Art 429 KC, oder *culpa in custodiendo,* Art 427). Den angeführten Haftungsfällen ist gemeinsam, dass Verantwortlichkeit nicht durch das Verhalten einer anderen Person ausgelöst werden kann, das nicht rechtswidrig ist. Das entspricht der Regel, dass das Opfer grundsätzlich keinen Schutz gegen solches Verhalten genießt[350]. **3/120**

Wie im österreichischen und deutschen Recht[351], wird Haftung für Schaden, den Kinder verursacht haben[352], nur dann den Eltern und anderen Aufsichtspersonen auferlegt, wenn diese *selbst Verschulden* trifft. Bezüglich Minderjähriger unter 13 Jahren enthält Art 427 KC eine Vermutung der »culpa in custodiendo« sowie des Bestehens eines Kausalzusammenhanges zwischen mangelhafter Aufsicht und Schadenszufügung[353]. Wie oben bemerkt, muss, um Haftung der Aufsichtsperson auszulösen, das Verhalten des Minderjährigen rechtswidrig sein[354]. Wenn das beaufsichtigte Kind das Alter von 13 Jahren erreicht hat, beruht die Verantwortlichkeit der Eltern oder Aufsichtspersonen auf der allgemeinen Regel des Art 415 KC, was bedeutet, dass es keine Umkehr der Beweislast gibt und das Opfer alle Haftungsvoraussetzungen beweisen muss. Haftung für Schaden, der von Erwachsenen verursacht wird, die auf Grund ihrer geistigen oder körperlichen Verfassung verschuldensunfähig sind, entspricht der Haftung für Kinder unter 13 Jahren (Art 427 KC). **3/121**

Vor einer genaueren Erörterung der Deliktshaftung für Gehilfen soll ein Blick auf die Haftung für *Erfüllungsgehilfen* geworfen werden, die – wie in anderen Rechtsordnungen – sehr weit reicht. Art 474 KC sieht strikte Haftung des Schuldners für Handlungen und Unterlassungen sowohl von Personen vor, mit deren Hilfe er die Verpflichtung erfüllt, als auch von Personen, denen er die Erfüllung der Verpflichtung anvertraut. Genauer gesagt, der Schuldner ist »so verantwortlich wie für seine eigenen Handlungen oder Unterlassungen«, dh unabhängig **3/122**

350 Basic Questions I Rz 6/96.
351 Siehe Basic Questions I Rz 6/98 und die dort zitierte Literatur.
352 Mehr dazu bei *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Liability for Damage Caused by Others under Polish Law, in: J. Spier (Hrsg), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others (2003) 186 ff.
353 Siehe ua *A. Szpunar,* Odpowiedzialność osób zobowiązanych do nadzoru (1978) 121, 131.
354 Siehe ua *A. Śmieja,* Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nienależytego sprawowania nadzoru nad małoletnim (1982) 11, 21 ff.

von seinem eigenen Verschulden, doch, da Haftung aus Vertrag im polnischen Recht im Allgemeinen Haftung für das Nichtbeachten der erforderlichen Sorgfalt ist (Art 471 KC in Verbindung mit Art 472 KC – siehe oben Rz 3/55), entsteht Verantwortlichkeit gemäß Art 474 grundsätzlich dann, wenn Verschulden des Erfüllungsgehilfen vorliegt, das darin besteht, dass er die erforderliche Sorgfalt nicht angewendet hat.

3/123 Deliktshaftung für Personen, denen die Erfüllung einer Aufgabe anvertraut worden ist, beruht auf vermutetem Auswahlverschulden (Art 429 KC). Obwohl bemerkt wird, dass die Bedeutung des Ausdrucks »Verschulden«, der in Art 429 verwendet wird, dieselbe ist wie in Art 415 KC[355], wird auch die Meinung vertreten, dass »Auswahlverschulden« als Grundlage der Haftung für Hilfspersonen nicht gleichbedeutend ist mit »Verschulden«, das in Art 415 erwähnt wird, da eine Auswahl nicht im üblichen Sinn rechtswidrig sein kann; sie kann nur unrichtig sein, was bedeutet, dass eine Person ausgewählt wurde, die für die Erfüllung der konkreten Aufgabe nicht geeignet ist. Auswahlverschulden besteht deshalb aus zwei Elementen: einem Irrtum in der Auswahl und einer negativen Bewertung des Verhaltens der auswählenden Person (einer Möglichkeit ihr vorzuwerfen, dass sie in einer bestimmten Situation die falsche Entscheidung getroffen hat)[356].

3/124 Damit Haftung des Geschäftsherrn nach Art 429 KC eintreten kann, muss das Verhalten des Gehilfen rechtswidrig sein[357]. Um die Verschuldensvermutung zu widerlegen, muss der Geschäftsherr entweder beweisen, dass seinerseits kein Verschulden vorliegt (dh dass er bei der Bestellung des Gehilfen die erforderliche Sorgfalt angewandt hat), oder alternativ, dass er die Erfüllung einer Aufgabe einer Person, einem Unternehmen oder einer Institution anvertraut hat, die mit der Erfüllung derartiger Aufgaben im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit befasst ist[358]. Letztere Möglichkeit macht es relativ einfach, sich von Haftung zu befreien[359]. Obwohl der Wortlaut von Art 429 seine Anwendbarkeit auf alle Fälle nahelegt, in denen einem Anderen die Erfüllung einer Aufgabe anvertraut wird, bezieht er sich tatsächlich nur auf Fälle *unabhängiger* Erfüllung durch einen Anderen, da Haftung für *nicht-unabhängige* Hilfspersonen (Untergebene; verba legis »Personen, die der Leitung des Geschäftsherrn unterstehen und verpflichtet sind, seine Anweisungen

355 Siehe ua *Czachórski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 567.

356 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 445.

357 Siehe ua *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1656.

358 Der Begriff Fachmann gemäß Art 429 KC ist eng auszulegen, wonach die Person, der die Erfüllung einer Aufgabe anvertraut wurde, Fachmann in Bezug auf die Art der Aufgaben sein muss, die ihm anvertraut wurden; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1657.

359 Siehe ua *Czachórski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 569 f. Nach einer Minderheitsmeinung führt allerdings der Beweis, dass die Erfüllung einer Aufgabe einem Fachmann anvertraut worden ist, nicht zum Haftungsausschluss, sondern nur zur Beweislastumkehr, dh der Geschädigte muss »culpa in eligendo« beweisen: *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1656.

zu befolgen«) in Art 430 KC geregelt wird[360]. Abweichend von Art 429 sieht Art 430 Haftung unabhängig vom Verschulden des Geschäftsherrn vor (strikte Haftung), doch abhängig vom Verschulden des Untergebenen. Diese Lösung unterscheidet sich von der des ABGB oder jener des österreichischen Entwurfs[361], doch der Gedanke, dass Haftung nur ausgelöst wird, wenn ein schwerwiegender Mangel in der Sphäre des Geschäftsherrn vorliegt, existiert zweifellos auch dort, und zwar in Form der Voraussetzung von Verschulden auf Seiten des Gehilfen. Diese Voraussetzung bedeutet auch, dass der Gehilfe und der Geschäftsherr gegenüber dem Geschädigten solidarisch haften, obwohl eine Ausnahme von dieser Regel auf dem praktisch sehr bedeutenden Gebiet der Arbeitnehmerhaftung gilt: nach Art 120 KP ist dann, wenn ein Arbeitnehmer in der Ausübung seiner Pflichten einem Dritten Schaden zufügt, der *Arbeitgeber allein* verpflichtet, Ersatz zu leisten[362]. Überdies ist der Regress des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf das Dreifache des Monatsentgelts des letzteren beschränkt (Art 119 KP). Da Unterordnung im Sinne des Art 430 KC weit ausgelegt wird (dh als Unterordnung in einem allgemeinen Sinn, nicht als Gebundensein an tatsächliche Weisungen oder Richtlinien)[363], hat Art 430 einen weiten Anwendungsbereich und erweist sich als Rechtsvorschrift von großer praktischer Bedeutung. Um nur ein Beispiel zu geben: Fachleute, von denen eine schöpferische Tätigkeit erwartet wird, und die weitgehend unabhängig arbeiten, wie etwa Ärzte, werden ebenfalls als Untergebene gemäß Art 430 KC betrachtet[364].

Auf der Grundlage von sowohl Art 429 KC als auch Art 430 KC ist der Ge- 3/125
schäftsherr nur für Schaden haftbar, der *im Zuge* der Erfüllung verursacht wurde. Die Auslegung dieses Begriffs bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Es wird betont, dass keine Haftung entsteht, wenn Schaden *gelegentlich* der Erfüllung zugefügt wurde[365], dass ein *funktioneller Zusammenhang* zwischen Erfüllung und Schadens-

---

360 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 208. Art 430 KC wird als lex specialis zu Art 429 KC betrachtet; siehe *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 430 und die dort zitierte Literatur.

361 Siehe Basic Questions I Rz 6/116, 6/122.

362 Die Vorschrift, wonach der Arbeitnehmer nicht haftet, ist nicht anwendbar, wenn der Arbeitgeber insolvent ist; mehr dazu bei *Nesterowicz,* in: Nesterowicz, Czyny niedozwolone 44 sowie in der dort angeführten Literatur und Judikatur; *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2010, 471.

363 Siehe ua *A. Szpunar,* Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez podwładnego, in: A. Mączyński/M. Pazdan/A. Szpunar, Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Józefowi Skąpskiemu (1994) 468; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 209; SN Entscheidung vom 2.12.1975, II CR 621/75, OSP Nr 6/1977, Pos 105.

364 *Szpunar,* Czyny niedozwolone 65; *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 437; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 209 f.

365 Siehe ua *Czachórski,* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 568, 575; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 209.

zufügung bestehen muss[366], oder dass Haftung nur durch ein Verhalten ausgelöst wird, das *zum Zweck der Erfüllung* der anvertrauten Aufgabe gesetzt wird[367]. Trotz Anwendung dieser Kriterien verbleiben allerdings gewisse Zweifel, ob in Grenzfällen Haftung bejaht oder verneint werden soll.

B. Mängel von Sachen

3/126 Die Mangelhaftigkeit von Sachen spielt in mehreren Fällen strikter Haftung eine wesentliche Rolle. Abgesehen von den Vorschriften über Produkthaftung (Art 449^1 ff KC) sind zwei weitere Fälle in diesem Zusammenhang erwähnenswert: Art 434 KC, der die Haftung für Schaden regelt, der durch den Einsturz eines Gebäudes oder das Loslösen eines Gebäudeteils verursacht wird, sowie Art 435 und 436 KC bezüglich der Haftung einer Person, die auf eigene Rechnung ein Unternehmen oder ein Geschäft führt, das mit Hilfe von Naturkräften in Betrieb gesetzt wird, und die Haftung eines Kfz-Besitzers (genauer: Besitzer eines »mechanischen Verkehrsmittels, das mit Hilfe von Naturkräften angetrieben wird«[368]). Art 434 KC führt eine verschuldensunabhängige Haftung des Gebäudebesitzers wegen mangelhafter Instandhaltung sowie wegen eines *Baumangel*s ein, und er enthält eine Vermutung, dass der Schaden durch diese Umstände verursacht worden ist. Art 436 KC sieht strikte Haftung des Kfz-Besitzers vor, die nur dann ausgeschlossen ist – in Übereinstimmung mit Art 435 KC, auf den Art 436 KC verweist – wenn der Schaden durch höhere Gewalt verursacht wird, oder auschließlich durch Verschulden des Geschädigten, oder ausschließlich durch Verschulden eines Dritten, für den der Geschädigte nicht verantwortlich ist. Hinsichtlich höherer Gewalt gilt in Polen eine objektive Theorie, wonach der Begriff nur *äußere* Ereignisse umfaßt[369]; damit können Mängel an einem Fahrzeug nicht die Haftung des Besitzers gegenüber dem Geschädigten ausschließen. Es ist allgemein anerkannt, dass solche Mängel Teil des Risikos des Besitzers sind, dh dass er sich nicht von der Haftung für diese gegenüber dem Opfer befreien kann[370], selbst wenn sie schuldhaft von einem Dritten verursacht worden sind (wenngleich in letzerem Fall der Besitzer natürlich einen Regressanspruch gegen den für den Mangel Verantwortlichen hat). Diese Bemerkungen betreffen auch die Haftung einer Person, die auf eigene Rechnung ein von Naturkräften in Betrieb gesetztes Unternehmen führt (einschließlich zB eines

366 *Szpunar,* Czyny niedozwolone 67; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 209.
367 *Machnikowski* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 433.
368 Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 196).
369 Siehe ua *W. Warkałło,* Odpowiedzialność 292; mehr zur polnischen Auffassung der höheren Gewalt bei *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 84; *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 144 ff.
370 Mehr dazu bei *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 158 und in der dort zitierten Literatur.

Eisenbahnunternehmens): »innere« Mängel des Unternehmens, einschließlich Mängel in Maschinerie und Ausrüstung, führen nicht zum Ausschluss der Haftung nach Art 435 KC[371].

IV. Gefährlichkeit

Gefährlichkeit ist ein wichtiges Zurechnungskriterium, obwohl sich keine der Vorschriften über strikte Haftung ausdrücklich auf sie beruft, und sie auch nicht das einzige Kriterium ist, das eine solche Haftung rechtfertigt. Das polnische Recht verwendet den Ausdruck »Gefährdungshaftung« nicht. Verantwortlichkeit auf Grund der Gefährlichkeit als Zurechnungskriterium wird entweder als Haftung auf der Grundlage von Risiko bezeichnet (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), oder als absolute Haftung (odpowiedzialność absolutna)[372]. **3/127**

Es gibt keine allgemeine Regel über Haftung für Gefährlichkeit, sie ist vielmehr durch einzelne Bestimmungen eingeführt worden, und die Bedeutung von »Gefährlichkeit« oder »erhöhte Gefährlichkeit«, die verschuldensunabhängiger Haftung zugrundeliegt, oder genauer gesagt, die entscheidenden Faktoren für die Anerkennung erhöhter Gefährlichkeit als Haftungsgrund, können von einem Haftungstyp zum nächsten variieren. Im Fall des Art 436 KC, der die Haftung des Besitzers eines Kfz regelt, resultiert die erhöhte Gefährlichkeit hauptsächlich aus der Wahrscheinlichkeit der Schadenszufügung[373]; was Art 433 KC betrifft, der die Haftung für Hinauswerfen, Hinausgießen oder Hinausfallen von Gegenständen aus einem Raum betrifft, so ist es nicht die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung – anders als Verkehrsunfälle sind ja von Gebäuden herabfallende Gegenstände kein alltägliches Ereignis –, sondern die Schwere des Schadens, der möglicherweise durch Gegenstände verursacht werden kann, die aus einer bestimmten Höhe herabfallen[374]; im Fall eines durch Kernenergie verursachten Schadens (Art 100 ff des Atomenergiegesetzes[375]) ist nicht die (eher geringe) Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend, sondern das Ausmaß und die Schwere eines möglichen Schadens[376]. **3/128**

371 Siehe ua *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1676 f. SN vom 3. 2. 1962, IV CR 432/61, OSNC Nr 1/1963, Pos 25.

372 Wie *Łopuski* richtig bemerkt, ist die Verwendung des Ausdrucks *absolut* (im Gegensatz zu *risikobedingt)* nur im Hinblick auf Haftung zulässig, die nicht ausgeschlossen werden kann *(Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 676); er darf deshalb nicht hinsichtlich jener Fälle strikter Haftung verwendet werden, die unten beschrieben werden.

373 *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 114 f.

374 Siehe ua *Śmieja* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 508.

375 Prawo atomowe. Gesetz vom 29. 11. 2000, konsolidierter Text Dz U 2012, Pos 264.

376 Siehe ua *Z. Gawlik,* Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone pokojowym wykorzystaniem energii atomowej, NP Nr 2-3/1988, 12.

3/129 Im polnischen Recht kommt einer Generalklausel im Bereich der strikten Haftung am ehesten Art 435 KC nahe[377], der Art 152 KZ entspricht und wie schon angeführt nicht ausdrücklich auf erhöhte Gefahr als Zurechnungsgrund Bezug nimmt, sondern Haftung auf die Verwendung von *Naturkräften* gründet[378]. Eine weite Auslegung von Art 435 auf der Grundlage seines Wortlauts hat zur Ausweitung strikter Haftung und zur Anwendung von Art 435 auch auf Situationen geführt, wo der Schadenseintritt nicht aus erhöhter Gefahr resultiert; ein gutes Beispiel dafür ist das Ausgleiten eines Passagiers auf einem Bahnsteig[379]. *Łopuski* unterzieht die Bezugnahme auf Naturkräfte als Kriterium, das verschuldensunabhängige Haftung begründet, einer kritischen Prüfung und weist darauf hin, dass zur Zeit menschliche Tätigkeiten, die Gefahr erzeugen, weit über jene hinausgehen, die in Art 435 KC angeführt werden[380]. Er befürwortet die Aufnahme eines direkten Hinweises auf Gefahr, und genauer auf Geräte oder Technologien, die Gefahr erzeugen, in Art 435 KC[381].

3/130 Das polnische Deliktsrecht kennt folgende Einwendungen gegen Gefährdungshaftung: höhere Gewalt, Verschulden des Geschädigten als einzige Ursache des Schadens, und Verschulden eines Dritten als einzige Schadensursache. Alle drei und nur diese drei können von der Haftung aus den Art 433, 435 und 436 KC befreien. Im Fall des Art 434 ist der Katalog haftungsbefreiender Umstände weiter und undefiniert: da der Besitzer nur für die mangelhafte Instandhaltung des Gebäudes und für einen Baumangel haftet (oder anders formuliert, da seine strikte Haftung auf diese beiden Umstände beschränkt ist), wird er nicht nur dann entlastet, wenn er beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder ausschließlich durch Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verur-

377 Art 435 § 1 Eine Person, die auf eigene Rechnung ein Unternehmen oder ein Geschäft führt, das mit Hilfe von Naturkräften (Dampf, Gas, Elektrizität, flüssigen Treibstoff, etc) in Betrieb gesetzt wird, ist für jeden Personen- oder Sachschaden verantwortlich, der durch den Betrieb des Unternehmens oder des Geschäfts zugefügt wird, außer der Schaden wurde durch höhere Gewalt oder ausschließlich durch das Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten, für den der Geschädigte nicht haftet, verursacht. § 2 Obige Vorschrift findet entsprechende Anwendung auch auf Unternehmen oder Geschäfte, die Sprengstoff herstellen oder verwenden. (Vgl die englische Übersetzung durch *Bagińska (Bagińska* in: Oliphant/Steininger, Basic Texts 196).

378 Damit Haftung entsteht, muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Betrieb des Unternehmens in seiner Gesamtheit bestehen; eine direkte Beziehung zwischen der Verwendung natürlicher Kräfte und dem zugefügten Schaden ist nicht erforderlich; siehe ua *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1676; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 240 f.

379 *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 683 f.

380 *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 672. *Łopuski* betont, dass erhöhte Gefahr auch durch den Betrieb anderer Einheiten als jenen in Art 435 genannten hervorgerufen werden kann, sowie durch Tätigkeiten, die nicht in der Verwendung natürlicher Kräfte bestehen (auf Seite 683), und er weist auch darauf hin, dass das erzeugte Risiko davon abhängt, wie natürliche Kräfte verwendet werden, und dass dies bei der Regelung der Haftung berücksichtigt werden solle (auf Seite 692).

381 Er weist auch darauf hin, dass eine solche Generalklausel statt strikter Haftung eine Verschuldensvermutung oder Haftungsvermutung einführen könnte; *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 694.

sacht worden ist, sondern auch, wenn er zeigen kann, dass der Schaden von irgendeiner anderen Ursache bewirkt wurde, für die er nicht verantwortlich ist[382]. Haftung für Schaden durch Kernenergie ist strikter, denn sie wird nur durch Vorsatz des Geschädigten ausgeschlossen oder wenn der Schaden durch einen Sonderfall höherer Gewalt verursacht worden ist, nämlich durch Krieg oder bewaffneten Konflikt.

Mitverantwortung des Geschädigten ist eine Einwendung, die zur Reduktion **3/131**
des Schadenersatzes auch im Bereich der risikobedingten Haftung führt (siehe unten Rz 3/140 ff).

Einwilligung des Verletzten wird keineswegs immer zum Ausschluss risikobe- **3/132**
dingter Haftung führen, die auf Gefährlichkeit beruht. Gemäss Art 437 KC kann die in Art 435 und 436 vorgesehene Haftung nicht im Voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Überdies kann eine Person nicht wirksam einer Körperverletzung zustimmen, wenn das Verhalten des Täters rechtswidrig ist. Eine solche Einwilligung würde den Prinzipien des Zusammenlebens in der Gemeinschaft widersprechen (Art 58 § 2 KC)[383].

Gefährlichkeit ist nicht nur wichtig, wenn eine Bestimmung über verschul- **3/133**
densunabhängige Haftung eingeführt werden soll, sondern sie kann auch entscheidend sein für die Abgrenzung ihres Anwendungsbereichs. So ist zB erhöhte Gefährlichkeit ein wesentlicher Aspekt bei der Interpretation des Begriffs *Bewegung (Betrieb)* eines Kraftfahrzeugs, der eine der Haftungsvoraussetzungen des Art 436 KC bildet. Durch Anwendung dieses Kriteriums haben polnische Gerichte den Begriff »Bewegung« auch auf Fahrzeuge ausgedehnt, die sich nicht physisch bewegen[384].

Das polnische Zivilgesetzbuch nimmt keine Beschränkung der Haftung für **3/134**
Gefährlichkeit durch finanzielle Obergrenzen der Ersatzleistung vor.

V. Erlaubter Eingriff

Das wichtigste Beispiel für eine Situation, in der die Rechtsordnung einen Ein- **3/135**
griff in Rechtsgüter eines Dritten gegen Ersatz des zugefügten Schadens erlaubt, bietet Art 142 KC, der dem Eigentümer verbietet, Widerstand gegen den Gebrauch oder sogar die Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache durch einen Anderen zu leisten, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist, die seine Persönlich-

382 *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1672; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 236.
383 *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Strict Liability under Polish Law, in: B.A. Koch/H. Koziol (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002) 268.
384 Ausführlicher dazu *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 134 ff.

keitsrechte[385] oder die eines Dritten unmittelbar bedroht. Der Eigentümer kann allerdings den Ersatz des daraus entstandenen Schadens begehren. Dasselbe gilt für eine Gefahr, die Vermögensgüter bedroht, es sei denn, der drohende Schaden ist offensichtlich und unverhältnismäßig kleiner als der Verlust, den der Eigentümer infolge des Gebrauchs, der Beschädigung oder der Zerstörung seiner Sache erleiden könnte. Wie *Koziol* betont, werden in solchen Fällen dem Eigentümer Abwehrrechte verweigert, doch bleiben seine Interessen durch einen Schadenersatzanspruch geschützt[386].

VI. Wirtschaftliche Tragfähigkeit

3/136 Das polnische Deliktsrecht berücksichtigt wirtschaftliche Umstände im Bereich der Billigkeitshaftung sowie in Situationen, in denen eine natürliche Person eine Schadenersatzpflicht gegenüber einer anderen natürlichen Person trifft (Art 440 KC). Der erste Punkt ergibt sich nur ausnahmsweise und nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen. Die Bestimmungen, in denen eine solche Haftung verfügt wird, finden sich in Art Art 417^2 KC (Haftung für Personenschaden, der durch rechtmäßige Ausübung öffentlicher Gewalt verursacht wurde), Art 428 KC (Haftung von Personen, die wegen ihres Alters oder ihres geistigen oder körperlichen Zustandes verschuldensunfähig sind, in Situationen, in denen es keine Aufsichtsperson gibt, oder es nicht möglich ist, von Aufsichtspersonen Schadenersatz zu erlangen) und Art 431 § 2 KC (Personen, die ein Tier halten oder nutzen, denen keine«culpa in custodiendo«, die nach polnischem Recht Voraussetzung für Tierhalterhaftung ist, angelastet werden kann, und die deshalb nicht nach Art 431 § 1 KC haften). Im ersten Fall kann der Verletzte Ersatz für Personenschaden verlangen (oder genauer gesagt: vollen oder teilweisen Ersatz für materiellen Schaden sowie Schmerzengeld), der durch die *rechtmässige* Ausübung öffentlicher Gewalt verursacht wurde, *wenn die Umstände des Falles, und insbesondere die Erwerbsunfähigkeit des Verletzten oder seine schwierige wirtschaftliche Lage darauf hinweisen, dass Billigkeitserwägungen eine solche Ersatzleistung erforderlich machen.* In den folgenden beiden Situationen kann der Verletzte Ersatz begehren, *wenn aus den Umständen des Falles hervorgeht, und insbesondere der Vergleich der wirtschaftlichen Lage des Opfers und der des Täters oder des Tierhalters zeigt, dass die Grundsätze des Zusammenlebens in der Gemeinschaft dies erfordern.* Ersatz darf jedoch nur

385 Die Bestimmung spricht von Gefährdung der »dobra osobiste«; zum Begriff dobra osobiste siehe FN 29.

386 Basic Questions I Rz 6/161.

dann zugesprochen werden, wenn der Schaden *rechtswidrig* verursacht worden ist[387].

Gemäß Art 440 KC kann im Verhältnis zwischen *natürlichen* Personen das Ausmaß der Ersatzpflicht je nach den Umständen beschränkt (aber nicht ausgeschlossen!) werden[388], wenn eine solche Beschränkung nach den Grundsätzen des Zusammenlebens in der Gemeinschaft in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation des Verletzten oder des für den Schaden Verantwortlichen erforderlich ist. Es muss betont werden, dass wirtschaftliche Umstände nicht der einzige Faktor sind, der in Betracht gezogen wird, und dass auch Prinzipien der Billigkeit zu berücksichtigen sind, und deshalb eine Beschränkung des Schadenersatzes nicht zulässig ist, wenn zB auf Seiten des Täters grobes Verschulden vorliegt[389]. Nach ständiger Rechtsprechung ist Art 440 KC nicht anwendbar, wenn die zum Schadenersatz verpflichtete Person haftpflichtversichert ist[390], da das Bestehen einer Versicherungsdeckung Einfluss auf ihre wirtschaftliche Lage hat[391]. **3/137**

VII. Gewinnerzielung

Die Auffassung, dass jemand, der Gewinn aus einer bestimmten Sache oder Tätigkeit zieht, die eine Quelle von Risiko darstellt, auch den durch sie verursachten Schaden tragen solle (eius damnum cuius commodum), bildet eine der Rechtfertigungen für Gefährdungshaftung[392]. **3/138**

VIII. Versicherbarkeit und Versichertsein

Versicherbarkeit ist zweifellos ein Faktor, der die Einführung verschuldensunabhängiger Haftung rechtfertigen kann[393]. Tatsächlicher Versicherungsschutz um- **3/139**

387 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 207; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1665.

388 Siehe, ua SN Entscheidung vom 4.2.1970, II CR 527/69, OSNC Nr 11/1970, Pos 202; SN Entscheidung vom 15.7.1977, IV CR 263/77, OSNC Nr 4/1978, Pos 74.

389 Siehe ua *A. Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową 104; SN Entscheidung vom 19.12.1977, II CR 469/77, OSNCP Nr 10/1978, Pos 183.

390 Siehe ua SN Entscheidung vom 18.12.1968, II CR 409/68, OSP Nr 11/1969, Pos 207.

391 *A. Szpunar,* Odszkodowanie za szkodę majątkową 105; *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 303.

392 Siehe ua *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Odpowiedzialność cywilna prowadzącego przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody (Art 435 KC) (1965) 31.

393 Siehe ua *E. Kowalewski,* Wpływ ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych, Acta Universitatis Nicolai Copernici Nr 181 (1988) 83; *Pajor,* Przemiany w funkcjach 307.

fasst nur bestehende Haftung und kann nicht als Rechtfertigung für die Begründung einer Schadenersatzpflicht dienen, wenngleich man beobachten kann, dass er einen psychologischen Effekt auf Richter ausübt und sie geneigter macht, Haftung aufzuerlegen oder deren Umfang zu erweitern (zB im Fall der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung)[394]. Man muss auch beachten, dass bei Billigkeitshaftung der Umstand, dass der Täter gegen zivilrechtliche Haftung versichert ist, in Betracht gezogen werden soll, wenn seine wirtschaftliche Lage beurteilt wird, die einen wesentlichen Aspekt bei der Entscheidung darstellt, ob dem Opfer Ersatz zugesprochen werden soll (siehe oben Rz 3/137)[395].

IX. Mitverantwortung des Geschädigten

3/140 Mitverantwortlichkeit des Geschädigten wird in Art 362 KC behandelt, der besagt »wenn der Geschädigte zum Eintritt oder zur Erhöhung des Schadens beigetragen hat, wird die Pflicht zur Schadensgutmachung je nach den Umständen entsprechend herabgesetzt, insbesondere nach dem Grad des Verschuldens beider Parteien«. Anders als das Schuldrechtsgesetzbuch, das ein mitwirkendes Verhalten des Geschädigten als Grund für eine Reduktion des *Schadenersatzes* behandelte (Art 158 § 2 KZ), spricht das Zivilgesetzbuch von einer Reduktion einer *Ersatzpflicht.* Art 362 wird auf verschiedene Weise interpretiert und das Problem der Mitverantwortlichkeit des Geschädigten ist im polnischen Recht noch nicht abschließend gelöst[396]. Unter den vier vorgeschlagenen Auslegungen von Art 362 KC nimmt die erste an, dass ein Opfer zum Eintritt oder zur Erhöhung des Schadens beigetragen hat, wenn sein Verhalten mit dem Schaden in ursächlichem Zusammenhang steht[397]. Nach der zweiten Auslegung genügt Verursachung für sich allein nicht, sondern diese muss von einem objektiv fehlerhaften Verhalten des Opfers begleitet sein[398]; diese beiden Theorien könnten als Varianten der *Differenzierungsthese* bezeichnet werden[399]. Die dritte Auslegung betrachtet das Verhalten des Opfers dann als Mitwirkung, wenn es sowohl kausal als auch schuldhaft ist[400]. Und die vierte Auslegung, die in einem gewissen Ausmaß die

394 *E. Kowalewski,* Wpływ 89 f.
395 *Szpunar,* Odpowiedzialność osób zobowiązanych do nadzoru 158.
396 Siehe auch *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2009, 486.
397 Siehe ua *S. Garlicki,* Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki (1971) 399.
398 *T. Dybowski,* Przyczynowość jako przesłanka odpowiedzialności (zagadnienia wybrane), NP Nr 1/1962, 41; *E. Łętowska,* Przyczynienie się małoletniego poszkodowanego do wyrządzenia szkody, NP Nr 2/1965, 135.
399 Siehe Basic Questions I Nr 6/208.
400 *A. Ohanowicz,* Zobowiązania – część ogólna (1965) 98.

Gleichbehandlungsthese berührt, macht ihre Beurteilung von der Grundlage der Haftung des Täters abhängig: ist die Haftung verschuldensabhängig, so ist auch Verschulden auf Seiten des Opfers erforderlich, wenn sein Verhalten als Mitwirkung behandelt werden soll; beruht sie auf Gefährdung oder Billigkeit, genügt objektiv fehlerhaftes Verhalten auf Seiten des Opfers[401]. Es muss an dieser Stelle betont werden, dass nach polnischem Recht nur das *Verhalten* des Opfers zu dessen Mitverantwortlichkeit führen kann, nicht ein Ereignis, das sich seiner Kontrolle entzieht[402].

In Judikatur und Lehre besteht keine Einhelligkeit bezüglich der im Lichte **3/141**
von Art 362 angemessensten Theorie, doch man kann beobachten, dass die zweite und die vierte Auslegung mehr Anhänger gefunden haben[403]. Bezüglich Art 435 und 436 KC ist herrschende Lehre, dass bei Gefährdungshaftung des Täters Schadenersatz reduziert werden kann selbst wenn das Opfer kein Verschulden trifft; in solchen Fällen genügt ein objektiv fehlerhaftes Verhalten des Geschädigten[404]. Das bedeutet, dass Minderjährige, die nicht verschuldensfähig sind, sowie geistig Behinderte an der Entstehung und Erhöhung des Schadens im Sinne des Art 362 KC mitwirken können.

Es wird auch eine Auffassung vertreten, die zwar nicht mit dem Wortlaut von **3/142**
Art 362 KC in Einklang steht[405], doch in der Lehre und einschlägigen Literatur zunehmend an Einfluss gewinnt, nämlich, dass als Beitrag des Opfers zum erlittenen Schaden sein Verhalten zu verstehen ist, soweit es mit dem zugefügten Schaden in adäquatem Kausalzusammenhang steht, doch dass ein solcher Beitrag nicht in einer *Pflicht* des Gerichts resultiert, den Ersatz zu beschränken; ob eine Beschränkung stattfinden soll, hängt von den »Umständen des Falles« ab[406].

---

401 *A. Szpunar,* Wina poszkodowanego w prawie cywilnym (1971) 93 f, 116 ff; *J. Senkowski,* Pojęcie przyczynienia się poszkodowanego do szkody, NP Nr 1/1968, 50 ff.

402 Siehe *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 183 und die dort zitierte SN Entscheidung vom 13. 1. 1997 (I PKN 2/97, OSNP Nr 18/1997, Pos 336); siehe auch SN Entscheidung vom 5. 5. 2011, II PK 280/10, LEX Nr 1095825.

403 *M. Nesterowicz/E. Bagińska,* Contributory Negligence under Polish Law, in: U. Magnus/M. Martín-Casals (Hrsg), Unification of Tort Law: Contributory Negligence (2004) 150.

404 SN Entscheidung vom 20. 1. 1970, II CR 624/69, OSNC Nr 9/1970, Pos 163; SN Entscheidung vom 3. 6. 1974, II CR 786/73, LEX Nr 7509; SN Entscheidung (Siebenrichtersenat) vom 20. 9. 1975, III CZP 8/75, OSNCP Nr 7/1976, Pos 151; SN Entscheidung vom 18. 3. 1997, I CKU 25/97, Prokuratura i Prawo Nr 10/1997, Pos 32. Kritisch dazu ua *Pajor (T. Pajor,* Uwagi o przyczynieniu się poszkodowanego do powstania szkody, in: M. Pyziak-Szafnicka (Hrsg), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara (2004) 162), der betont, dass insbesondere Haftung für Verkehrsunfälle nicht beschränkt werden solle, wenn das Opfer kein Verschulden treffe. Siehe auch *M. Nesterowicz/K. Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez ruch pojazdu mechanicznego (zasady, przesłanki, granice) (2011) 27 f.

405 Siehe ua *Pajor* in: Pyziak-Szafnicka, Odpowiedzialność cywilna 160.

406 Siehe ua *T. Dybowski,* W sprawie przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody (przyczynek do dyskusji nad treścią Art 362 KC), NP Nr 6/1977; *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1348; *M. Owczarek,* Zmniejszenie odszkodowania na podstawie Art 362 KC, Monitor

3/143 Der wichtigste Umstand, der bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen ist, ob Schadensteilung vorgenommen werden soll, und der einzige, der in Art 362 KC ausdrücklich erwähnt wird, ist der Grad des Verschuldens der beiden Parteien[407]. Andere Kriterien sind der Grad der Mitwirkung; der Grad der Verletzung objektiver Verhaltensregeln durch die Parteien; die Motive, die das Opfer zu seinem schädigenden Verhalten veranlasst haben (zB altruistische Beweggründe)[408]. Es wird betont, dass alle Umstände des Falles in Betracht gezogen werden sollten und dass eine individuell-konkrete Beurteilung stattfinden muss[409]. In anderen Worten, für die Frage der Schadensteilung ist die Abwägung aller erheblichen Faktoren des konkreten Falles entscheidend. Es ist bemerkt worden, dass bloße Verursachung durch das Verhalten des Opfers zu einer Beschränkung der Ersatzleistung führen kann, selbst wenn auf Seiten des Täters Verschulden vorliegt, sofern der Beitrag des Opfers zum Schaden sehr hoch ist und das Verschulden des Täters nur sehr gering[410]. Wenn andererseits der Beitrag des Opfers gering ist und auf Seiten des Täters Vorsatz vorliegt, wird der Ersatz nicht beschränkt[411]; dasselbe gilt für eine Situation, in der sich der Geschädigte fahrlässig verhalten, während der Täter mit Vorsatz gehandelt hat[412].

3/144 Wie in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises wird mitwirkendes Verhalten des Opfers jenen Personen entgegengehalten, die im Fall von dessen Tod Ersatzforderungen geltend machen[413].

3/145 Art 362 KC ist auch anwendbar, wenn nicht der Geschädigte selbst zum erlittenen Schaden beigetragen hat, sondern Personen, für die er auf der Grundlage

Prawniczy (MoP) Nr 4/2003, 160 ff; *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 184; SN Entscheidung vom 29. 10. 2008, IV CSK 228/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy (OSNC ZD) C/2009, Pos 66, kommentiert von *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2009, 483 ff; SN Entscheidung vom 19. 11. 2009, IV CSK 241/09, Lex Nr 677896.

407 Das Verschulden des Verletzten ist natürlich anders zu verstehen als das des Täters, dh, vereinfacht ausgedrückt, als vorwerfbarer Mangel, in eigenen Angelegenheiten die erforderliche Sorgfalt walten zu lassen (siehe ua *Szpunar,* Wina poszkodowanego 76; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 244). Rechtswidrigkeit ist weder eine Voraussetzung noch ein Element des Verschuldens des Opfers. Zumeist wird das Verhalten des Geschädigten nicht rechtswidrig sein, da es keine allgemeine Pflicht gibt, sich selbst keinen Schaden zuzufügen. Wie *Koziol* betont, ist mangels Rechtswidrigkeit das mitwirkende Verschulden des Opfers weniger schwerwiegend als echtes Verschulden (Basic Questions I Rz 6/217).

408 *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 100; *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1350.

409 Siehe ua SN Entscheidung vom 19. 11. 2009, IV CSK 241/09, Lex Nr 677896.

410 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 300. *Pajor* bemerkt, dass jedes »objektiv unangemessene« Verhalten des Verletzten zu einer Beschränkung der Ersatzpflicht führen könnte, sofern dem Täter nur leichte Fahrlässigkeit zuzurechnen ist (*Pajor* in: Pyziak-Szafnicka, Odpowiedzialność cywilna 162).

411 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 300.

412 *Szpunar,* Wina poszkodowanego 13; *Pajor* in: Pyziak-Szafnicka, Odpowiedzialność cywilna 162.

413 Siehe ua SN Entscheidung vom 12. 7. 2012, I CSK 660/11, LEX Nr 1228769; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1743.

der Bestimmungen über Haftung für Andere verantwortlich ist. In anderen Worten, der Geschädigte muss die Folgen des Verhaltens von Personen tragen, für die er haften würde, wenn sie Dritten Schaden zugefügt hätten[414]. Wie *Kubas* aufzeigt, sollte der Täter in Fällen, in denen Personen am Schaden mitwirken, die im Interesse des Geschädigten handeln oder sich unter seiner Aufsicht oder Kontrolle befinden, nicht schlechter gestellt sein[415].

414 *A. Kubas,* Zachowanie osób trzecich jako przyczynienie się poszkodowanego, Studia Cywilistyczne 1976, Band XXVII, 25. *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 190; *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1352; *Koch,* Związek przyczynowy 253 f; *Nesterowicz/Bagińska* in: Magnus/Martín-Casals, Unification of Tort Law: Contributory Negligence 157.

415 *Kubas,* Zachowanie 25.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

3/146 Im polnischen Recht besteht kein Zweifel, dass es nicht sachgerecht wäre, die haftbare Partei für jeden Schaden verantwortlich zu machen, für den das auslösende Ereignis *conditio sine qua non* gewesen ist[416]; es kommen deshalb Instrumente zur Anwendung, welche die Schadenshaftung begrenzen. Diese sollen im Folgenden untersucht werden.

I. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges

3/147 Der Gedanke einer »Unterbrechung des Kausalzusammenhanges« ist dem polnischen Recht bekannt, wenngleich, wie *Koziol* unter Berufung auf *Stark* und *Oftinger* zeigt, dieser nur im Zusammenhang mit Adäquanz geprüft werden kann[417]. Wie *Koch* richtig anführt: Wenn ein Ereignis *(nova causa interveniens)* in der Kausalkette auftritt, das eine »conditio sine qua non« des zugefügten Schadens bildet, doch nicht eine gewöhnliche Folge einer vorliegenden Ursache darstellt, dann können die Konsequenzen dieses Ereignisses nicht der Ursache zugeschrieben werden, was bedeutet, dass die Haftung für letztere nur Folgen umfasst, die vor dem bewussten Ereignis eingetreten sind[418]. *Koch* räumt ein, dass der Ausdruck »Unterbrechung des Kausalzusammenhanges«, der auch vom Obersten Gericht verwendet wird[419], eine Metapher darstellt, doch er meint, es sei verlockend, sich ihrer zu bedienen, da sie die Situation gut beleuchte[420].

II. Die Adäquanz

3/148 Die Adäquanztheorie ist im polnischen Recht eine Kausalitätstheorie (siehe Rz 3/77)[421]; an dieser Stelle muss nochmals betont werden, dass Kausalität eine Doppelfunktion erfüllt: sie ist sowohl eine Voraussetzung der Haftung als auch

416 Basic Questions I Rz 7/2.
417 Basic Questions I Rz 7/6.
418 *Koch,* Związek przyczynowy 272.
419 Siehe ua SN Entscheidung vom 3.2.1971, III CRN 450/70, OSNC Nr 11/1971, Pos 205.
420 *Koch,* Związek przyczynowy 272 f.
421 Vgl Basic Questions I Rz 7/7.

ein Faktor, der ihr Grenzen setzt. Das Adäquanzkriterium ist in Art 361 § 1 KC verankert, wonach der zum Schadenersatz Verpflichtete nur für die gewöhnlichen Folgen der Handlung oder Unterlassung verantwortlich ist, aus welcher der Schaden entstanden ist.

Nach herrschender Lehre ist ein adäquater Kausalzusammenhang gemäß Art 361 § 1 KC eine objektive Kategorie, und folglich kann die *Normalität* von Folgen nicht als deren *Vorhersehbarkeit* betrachtet werden[422], da das letztere Kriterium zur Frage des Verschuldens gehört[423]. Es sind jedoch in der Literatur Zweifel geäußert worden, ob eine völlige Ablehnung des Bezugspunks »Vorhersehbarkeit« angebracht ist, und ob eine solche nicht zu unbilligen Ergebnissen führen würde[424]. Schaden wird als normale Folge eines Ereignisses betrachtet, wenn er aus diesem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hervorgeht[425]. Wie *Koch* betont, ist es für die Adäquanztheorie charakteristisch, dass sie nur jene Bedingungen als rechtlich relevant behandelt, welche die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts erhöhen[426]. Eine normale Folge ist demnach eine Folge, die gewöhnlich, vornehmlich, in der Regel (dh nicht immer)[427] als Ergebnis eines bestimmten Ereignisses eintritt[428]. Im Zuge der Feststellung, ob eine Folge im Sinne von Art 361 § 1 KC normal ist, müssen Gerichte ua den Stand des Wissens auf einem bestimmten Gebiet sowie objektive Kriterien in Betracht ziehen, die sich aus der Lebenserfahrung und den Erkenntnissen der Wissenschaft ergeben[429]. **3/149**

Obwohl die Meinung vertreten worden ist, dass es dann, wenn eine Vorschrift ausdrücklich spezielle entlastende Umstände nennt wie höhere Gewalt, ausschließliches Verschulden eines Dritten oder ausschließliches Verschulden des Geschädigten (zB Art 433, 435, 436 KC), genüge, dass ein Ereignis conditio sine qua non des Schadens ist[430], so entspricht es doch der herrschenden – und richtigen – Lehre, dass Art 361 § 1 KC den Kausalzusammenhang als Voraussetzung *jeder* Schadenshaftung regelt, gleichgültig ob es sich um verschuldensabhängige oder strikte Haftung handelt[431]. Es wird folglich betont, dass eine Ausnahme vom Adäquanzerfordernis durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung erfolgen **3/150**

422 *Koch,* Związek przyczynowy 130; *Jastrzębski,* PS Nr 7-8/2004, 37.
423 SN Entscheidung vom 10.12.1952, C 584/52, PiP Nr 8-9/1953, 366.
424 *Nesterowicz* in: Nowicka, Prawo prywatne czasu przemian 192.
425 Siehe ua SN Entscheidung vom 27.11.2002, I CKN 1215/00, OSP Nr 11/2004, Pos 139, Anmerkung von *A. Koch.*
426 *Koch,* Związek przyczynowy 136.
427 SN Entscheidung vom 10.12.1952, C 584/52, PiP Nr 9/1953, 366.
428 *Nesterowicz* in: Nowicka, Prawo prywatne czasu przemian 191.
429 Siehe ua SN Entscheidung vom 11.9.2003, III CKN 473/01, MoP Nr 17/2006, 947.
430 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 269 f; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1676.
431 *Lewaszkiewicz-Petrykowska,* Odpowiedzialność cywilna 69; *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 687; *Czachórski,* Prawo zobowiązań 277; *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 142.

muss[432]. Beispiele dafür sind Vorschriften des Zivilgesetzbuches, die Haftung für den sog *casus mixtus* regeln (Art 478, 714, 739; 841 KC), dh Verantwortlichkeit auch für zufällige Folgen des Verhaltens des Täters, die nicht eingetreten wären, wenn er rechtmäßig gehandelt hätte[433]. Eine Abweichung vom Adäquanzprinzip findet auch in Fällen von Vorsatz statt (siehe oben Rz 3/114): Man verweist darauf, dass dann, wenn der Vorsatz des Täters außergewöhnliche Folgen umfasse, dies auch für seine Haftung gelten solle.

III. Der Schutzzweck der Norm

A. Im Allgemeinen

3/151 Die Theorie vom Schutzzweck der Norm wird im polnischen Recht im Zusammenhang mit der relativen Rechtswidrigkeit vertreten[434]. Nach *Szpunar* schützt eine Norm bestimmte Interessen, und nur der Eingriff in diese Interessen ist rechtswidrig[435]. Diese Auffassung wird ua von *Lewaszkiewicz-Petrykowska* geteilt[436]. Die Nützlichkeit der Idee der relativen Rechtswidrigkeit und des Schutzzwecks der Norm, deren Anwendung zu einer Begrenzung des Ausmaßes des ersatzfähigen Schadens führen soll, das in Übereinstimmung mit der Adäquanztheorie festgestellt wird[437], ist allerdings in der einschlägigen Literatur auch bezweifelt worden[438]. *Safjan* weist darauf hin, dass die Theorie der relativen Rechtswidrigkeit traditionell mit Vertragshaftung verknüpft ist, die eine Verletzung von Pflichten voraussetzt, die den Schuldner zugunsten des Gläubigers belasten, und nicht eine Verletzung der allgemeinen Regeln richtigen Verhaltens; sie stehe damit in Widerspruch zu den dem Deliktsbegriff gemäß Art 415 KC zugrundeliegenden Ideen. Er behauptet auch, dass sie Verwirrung bewirken könnte zwischen den Voraussetzungen von Haftung,

432 *Łopuski,* KPP Nr 3/2004, 687; *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 87.

433 Siehe ua *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1333.

434 *Koch,* der betont, dass es sich um eine Theorie der Rechtswidrigkeit und nicht der Kausalität handle, bezweifelt ihren Nutzen für das polnische Recht *(Koch,* Związek przyczynowy 114 f).

435 *A. Szpunar,* Anmerkung zu SN Entscheidung vom 3.3.1956, 2 CR 166/56, OSPiKA Nr 7-8/1959, Pos 197, 382. *Szpunar* stellt auch fest, dass der Normzweck zu untersuchen sei, und dass nur jemand, dessen Interessen durch die Norm geschützt seien, Ersatz fordern könne (ebendort).

436 *Lewaszkiewicz-Petrykowska* in: Studia Prawno-Ekonomiczne 91; Unterstützung findet der Gedanke des Schutzzwecks der Norm auch bei *Kasprzyk,* der sowohl den persönlichen als auch den sachlichen Schutzbereich hervorhebt: *R. Kasprzyk,* Bezprawność względna, SP Nr 3/1988, 149 ff.

437 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 58.

438 Siehe ua *Czachórski/Brzozowski,/Safjan/Skowrońska-Bocian,* Zobowiązania 210; *M. Owczarek,* Problem bezprawności względnej w systemie odpowiedzialności deliktowej, Palestra Nr 5-6/2004, 36 ff.

da sie in den Bereich der Kausalität eindringt und speziell Fragen betrifft, die auf der Grundlage der Adäquanztheorie gelöst werden[439].

B. Das Sonderproblem des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Anders als in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises ist das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der polnischen Lehre und Judikatur nicht eingehend behandelt worden. Es wird entweder als Fall hypothetischer Kausalität betrachtet[440] oder im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit behandelt[441]. In einer oben unter Rz 3/94 erwähnten Entscheidung vom 14. Jänner 2005[442] bezüglich eines rechtswidrig durchgeführten Exekutionsverfahrens[443] stellte das Oberste Gericht fest, dass rechtmäßiges Alternativverhalten nicht zum Haftungsausschluss führen könne, *wenn das tatsächliche Verhalten des Täters eine Norm verletzt hat, welche die Verhütung des Schadens bezweckt, für den er haftbar gemacht werden soll,* da ansonsten die Garantiefunktion dieser Norm unterlaufen würde[444]. Das Gericht hat das Problem rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht eingehend geprüft und hat auch keine ausführlichere Rechtfertigung seiner Entscheidung geboten, wodurch es schwierig wird, seinen Ansatz angemessen zu analysieren. Wenn man den bloßen Wortlaut der Entscheidung betrachtet, so deutet dieser auf eine Ergebnisorientierung hin, da das Oberste Gericht von Vorschriften spricht, die den Zweck verfolgen, *Schaden zu verhüten* und nicht zu verhüten, dass Schaden *in einer bestimmten Weise bzw durch ein bestimmtes Verhalten verursacht wird*[445]*.* Ob eine klare Unterscheidung zwischen dem einen und dem anderen möglich ist, und ob die Rechtsfolgen der Verletzung einer Vorschrift in den beiden Fällen unterschiedlich sein sollten, ist eine andere Angelegenheit[446], und zwar eine, die das Gericht offenbar nicht erwogen hat. Man muss allerdings festhalten, dass sich im vorliegenden Fall das Oberste Gericht geweigert hat, die Einwendung rechtmäßigen Alternativverhaltens in einer Situation zu akzeptieren, in der *Verfahrensgarantien* 3/152

439 *Safjan,* in: Ogiegło/Popiołek/Szpunar, Rozprawy prawnicze 1325 f. *Owczarek* betont, dass die Ziele, die durch den Gedanken relativer Rechtswidrigkeit erreicht werden, durch ein richtiges Herangehen an die Voraussetzung eines adäquaten Kausalzusammenhangs verwirklicht werden können, genauer gesagt, durch die Prüfung, ob ein solcher Zusammenhang zwischen dem Schaden und jenem Element des schadenauslösenden Verhaltens, das für die Kennzeichnung des Verhaltens als rechtswidrig entscheidend ist, besteht *(Owczarek,* Palestra Nr 5-6/2004, 43 ff); dazu kritisch *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 59.

440 Siehe oben Rz 3/94.

441 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 144.

442 III CK 193/04, OSP Nr 7-8/2006, Pos 89.

443 Ausführlicher zu diesem Fall *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 374 ff.

444 Siehe die Begründung der Entscheidung vom 14.1.2005.

445 Vgl Basic Questions I Rz 7/25 f.

446 Dazu ausführlich Basic Questions I Rz 7/25 f; 7/31.

verletzt wurden, was zur Auffassung passt, dass diese Einwendung nicht zur Haftungsbefreiung führen soll, wenn der Zweck der verletzten Rechtsvorschrift die Verhütung bestimmter Verhaltensweisen war[447].

3/153 *Kaliński* bemerkt, dass dann, wenn keine Verletzung einer Rechtsvorschrift vorliegt, welche die Verhütung jenes Schadens bezweckt, der im zu entscheidenden Fall zugefügt worden ist, auch keine *relative Rechtswidrigkeit* gegeben ist (sofern man den Begriff relative Rechtswidrigkeit akzeptieren will – Anmerkung KLR), und folglich Haftung nicht entstehen kann, und zwar nicht auf Grund der Einwendung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens, sondern weil die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit nicht erfüllt ist[448].

IV. Dazwischentreten einer Willensbetätigung durch einen Dritten oder das Opfer

3/154 Dazwischentretende Handlungen Dritter werden im Zusammenhang mit der Adäquanz betrachtet. Wie oben angeführt, kann ein dazwischentretendes Handeln eines Dritten als *Unterbrechung des normalen Kausalzusammenhanges* betrachtet werden – eine Ausdrucksweise, derer sich das Oberste Gericht in seinen Entscheidungen bedient[449]. Wie ua von *Dybowski* betont wird, bestimmt dann, wenn neben einer vorliegenden Ursache ein anderes Ereignis zum Eintritt einer (schädigenden) Folge beigetragen hat und dieses andere Ereignis nicht eine gewöhnliche Folge des ersten Ereignisses ist, das zweite Ereignis die Grenze der Haftung vom Standpunkt der Kausalität[450]. Das betrifft nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Verhalten. So hat zB das Oberste Gericht die mangelhafte Reparatur eines in einem Verkehrsunfall beschädigten Kraftfahrzeugs, welche Verbesserungen erforderlich machte, als Faktor betrachtet, der den Kausalzusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und dem Zustand des Kraftfahrzeugs nach den Reparaturen unterbrochen hat[451]. In einer anderen Entscheidung hat das Oberste Gericht festgestellt, dass eine Person, die ein Feuer verursacht hat, nicht für die

447 Basic Questions I Rz 7/26. Zustimmung zu diesem Ansatz signalisiert *J. Jastrzębski,* der betont, dass bei der Feststellung von Haftung der Schutzzweck der Norm und der Umstand nicht ignoriert werden dürfe, dass der Schaden gerade auf jene Weise zugefügt wurde, welche die verletzte Norm zu verhindern beabsichtigte. Er bemerkt, dass eine Verdrängung von Verfahrensgarantien (wenn auch nur im Zuge der Begründung einer Haftung für Schadenszufügung) die Integrität der Rechtsordnung untergraben würde (Anmerkung zur Entscheidung vom 14.1.2005, III CK 193/04, OSP Nr 7-8/2006, Pos 989, 423).

448 *Kaliński* in: Olejniczak, System Prawa Prywatnego 144.

449 Siehe ua *Nesterowicz* in: Nowicka, Prawo prywatne czasu przemian 198 ff.

450 *Dybowski* in: Radwański, System Prawa Cywilnego 261.

451 SN Entscheidung vom 3.2.1971, III CRN 450/70, OSNC Nr 11/1971, Pos 205.

Folgen eines zweiten Feuers verantwortlich war, das einige Zeit nach dem ersten ausgebrochen ist, weil die Feuerwehr fahrlässig verabsäumte, die Elektrizitätsversorgung des betroffenen Gebäudes abzuschalten. Das Gericht entschied, dass in diesem Fall der *normale Kausalzusammenhang unterbrochen war* und das zweite Feuer *nicht eine gewöhnliche Folge der Handlung oder Unterlassung jener Person war, die für das erste Feuer verantwortlich war*[452].

Wenn der Schaden durch eine Entscheidung des Geschädigten herbeigeführt worden ist, wird die Frage nach seiner Zurechnung gemäß Art 362 KC beantwortet, wo die Mitwirkung des Geschädigten sowohl am *Eintritt* als auch an der *Erhöhung* des Schadens behandelt wird (siehe oben Rz 3/140). *Banaszczyk* betont, dass die Mitwirkung des Geschädigten unter keinen Umständen die völlige Verweigerung von Schadenersatz rechtfertigen kann[453]; eine andere Auffassung vertritt *Granecki,* der meint, dass Schadenersatz verweigert werden solle, wenn der Geschädigte *vorsätzlich* zum *Eintritt* des Schadens beigetragen hat[454]. **3/155**

V. Haftungshöchstbeträge

So wie viele andere Rechtsordnungen kennt auch das polnische Deliktsrecht keine betragsmäßigen Beschränkungen der Ersatzleistung im Bereich der strikten Haftung, die auf Gefährlichkeit beruht. **3/156**

452 SN Entscheidung vom 23.4.1974, II CR 146/74, OSP Nr 2/1975, Pos 37.
453 *Banaszczyk* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1350.
454 *P. Granecki,* Zasada bezwzględnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (według kodeksu cywilnego), SP Nr 3-4/2000, 80.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Umfang des Ersatzes

3/157 Der Umfang des Ersatzes wird durch das Prinzip der vollen Wiedergutmachung bestimmt, das in Art 361 § 2 KC formuliert wird, wonach Schadenersatz sowohl *damnum emergens* als auch *lucrum cessans* umfasst (siehe oben Rz 3/48). Für die Ersatzfähigkeit des letzteren wird ein geringeres Maß an Sicherheit verlangt als im Fall des tatsächlichen Schadens; es genügt ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, genauer gesagt, es muss vernünftig sein anzunehmen, dass der Gewinn tatsächlich erzielt worden wäre[455].

3/158 Das Prinzip des umfassenden Schadensausgleichs gilt nicht bei Haftung, die auf Billigkeit beruht (Art 417^2, 428, 431 § 2 KC), wo das Zivilgesetzbuch den Verletzten zu *vollem oder teilweisem* Ersatz berechtigt (siehe oben Rz 3/136) oder im Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis, da die Haftung des letzteren gegenüber ersterem auf den Betrag des dreifachen Monatsentgelts beschränkt ist, sofern beim Arbeitnehmer nicht Vorsatz vorliegt (siehe oben Rz 3/48).

3/159 Das Prinzip der vollen Wiedergutmachung unterliegt auch Beschränkungen, die oben behandelt wurden. Erstens wird nicht jeder Schaden ersetzt, sondern nur solcher, der in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Ereignis steht, es sei denn, der Täter hat mit Vorsatz gehandelt, da er dann auch für außergewöhnliche Folgen seines Verhaltens einstehen muss (siehe oben Rz 3/114). Es sind auch die Vorschriften über mitwirkende Verantwortlichkeit des Geschädigten zu beachten (Art 362 KC) sowie die Möglichkeit der Reduktion des Schadenersatzes in Rechtsverhältnissen zwischen natürlichen Personen (Art 440 KC). Eine Beschränkung in der Form einer de minimis-Schwelle wird im Produkthaftungsrecht verfügt.

II. Art des Ersatzes

3/160 Anders als in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises hat der Geschädigte in Polen ein Wahlrecht zwischen Schadenersatz in Geld und Wiederherstellung des vorigen Zustandes. Nur wenn Naturalrestitution unmöglich ist oder für

455 Siehe ua SN Entscheidung vom 21.6.2001, IV CKN 382/00, LEX Nr 52543.

den Verpflichteten unverhältnismäßig große Schwierigkeiten oder Kosten verursachen würde, kommt allein Geldersatz in Frage (Art 363 § 1 KC). Was die Möglichkeit einer Kombination der beiden Arten von Wiedergutmachung betrifft, scheint die richtige – wenngleich nicht unbestrittene – Auffassung dahin zu gehen, dass es möglich ist, Schadenersatz zu verlangen, wenn Naturalherstellung für den Geschädigten keinen vollen Ausgleich bewirkt[456]. Das wurde ua durch oberstgerichtliche Entscheidungen bezüglich Unfallschäden an Kraftfahrzeugen bestätigt, in denen das Gericht feststellte, der Geschädigte könne dann, wenn trotz durchgeführter Reparatur das beschädigte Kfz nicht völlig in seinen vorigen Zustand zurückversetzt ist, zusätzlichen Geldersatz begehren. Das Oberste Gericht hat auch die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts bestätigt[457].

III. Laufende Zahlung oder Kapitalabfindung

In den Fällen des Art 444 § 2 (Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung) **3/161**
sowie des Art 446 § 2 (Tod einer Person, die eine Unterhaltsverpflichtung trägt oder freiwillig einer anderen Person Unterhalt leistet) sieht das polnische Recht statt einer Kapitalabfindung die Ersatzleistung in der Form laufender Zahlungen vor. Immaterieller Schaden kann nicht durch Rentenzahlung ersetzt werden. Eine zugesprochene Rente kann an veränderte Umstände angepasst werden (Art 907 § 2 KC).

Gemäß Art 444 § 2 KC kann der Verletzte, der seine Erwerbsfähigkeit ganz **3/162**
oder teilweise verloren hat und dessen Bedürfnisse sich erhöht oder dessen Zukunftsaussichten sich verschlechtert haben, von der Person, die zur Schadensgutmachung verpflichtet ist, eine angemessene Rente begehren. Wenn im Urteilszeitpunkt der Schaden noch nicht genau bemessbar ist, kann eine vorläufige Rente zugesprochen werden (Art 444 § 3 KC). Gemäß Art 446 § 3 KC kann eine vom Gesetz zum Unterhalt durch den Verstorbenen berechtigte Person von jener Person, die zur Schadensgutmachung verpflichtet ist, eine Rente begehren, die nach den Bedürfnissen des Verletzten sowie den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Verstorbenen während der wahrscheinlichen Dauer seiner Unterhaltsverpflichtung zu bemessen ist (sog obligatorische Rente). Eine Rente kann auch von anderen dem Verstorbenen nahestehenden Personen begehrt werden, denen

456 Siehe *Kaliński,* Szkoda na mieniu 517. *Ludwichowska-Redo,* PiP Nr 11/2012, 108. Eine Gegenmeinung vertritt *E. Kowalewski/M. Nesterowicz,* Anmerkung zu SN Entscheidung vom 12.10.2001 (III CZP 57/01, OSNC Nr 5/2002, Pos 57), Prawo Asekuracyjne (PA) Nr 3/2003, 73 f; *E. Kowalewski,* Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu po naprawie, Wiadomości Ubezpieczeniowe (WU) Nr 3/2011, 36 f; *Olejniczak* in: Kidyba, Kodeks cywilny, Kommentar zu Art 363, Rz 3.

457 SN Entscheidung vom 12.10.2001, III CZP 57/01, OSNC Nr 5/2002, Pos 57.

der Verstorbene freiwillig und fortgesetzt Lebensunterhalt gewährt hat, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass dies von den Grundsätzen des Zusammenlebens in der Gemeinschaft verlangt wird (sog nichtobligatorische Rente). Gemäß Art 447 KC kann das Gericht auf Antrag des Verletzten und bei Vorliegen gewichtiger Gründe diesem anstelle einer Rente oder eines Teils der Rente Ersatz in Form einer Kapitalabfindung zusprechen. Das betrifft insbesondere Fälle, in denen der Verletzte zum Invaliden geworden ist und eine Kapitalabfindung ihm die Ausübung eines neuen Berufs erleichtern kann. Nach Art 447 KC hängt die Art der Ersatzleistung vom Geschädigten ab, nicht vom Ermessen des Gerichts. Der bloße Wunsch des Opfers ist allerdings nicht ausreichend, um eine Kapitalabfindung anstelle einer Rente zuzusprechen: zur Rechtfertigung einer solchen Entscheidung müssen gewichtige Gründe vorliegen.

3/163 Ähnlich wie in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises können die Kosten künftiger Heilbehandlung im Vorhinein begehrt werden (Art 444 § 1 Satz 2 KC).

IV. Minderung der Ersatzpflicht

3/164 Das Zivilgesetzbuch enthält keine Generalklausel zur Minderung der Ersatzpflicht. Im Schuldrechtsgesetzbuch hat Art 158 § 1 die Funktion einer solchen Klausel erfüllt: er bestimmte, dass der Ersatzbetrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu bemessen war, und wurde im Laufe der Zeit von den Gerichten sehr weit interpretiert[458]. Im Zivilgesetzbuch existiert kein Gegenstück zu Art 158 § 1 KZ, eine Reduzierung der Ersatzpflicht ist nur nach Art 440 KC möglich[459], der sie nur unter bestimmten klar definierten Bedingungen zulässt, nämlich wenn sowohl das Opfer als auch die haftende Partei natürliche Personen sind und eine Minderung auf Grund der wirtschaftlichen Lage des Geschädigten oder des Haftenden von den Grundsätzen des Zusammenlebens in der Gemeinschaft gefordert wird (siehe oben Rz 3/137). Es wird betont, dass eine Modifizierung der Voraussetzungen einer Minderung unter Berufung auf den Begriff des *Rechtsmissbrauchs* (Art 5 KC) und etwa die Zulassung einer Reduzierung in Rechtsverhältnissen zwischen natürlichen und juristischen Personen nicht zulässig ist[460]. *Szpunar* hat darauf

458 Siehe *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 172.

459 Siehe auch *Kaliński,* Szkoda na mieniu 618. *Kaliński* nimmt eine kritische Bewertung von Art 440 KC vor und empfiehlt seine Entfernung aus dem Zivilgesetzbuch *(Kaliński,* Szkoda na mieniu 621, 632).

460 Unter anderen *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1697; siehe jedoch SN Entscheidung vom 7.1.1972, I CR 12/71, OSNC Nr 7-8/1972, Pos 135, wo das Oberste Gericht die Bewertung eines Ersatzanspruchs auf der Grundlage von Art 5 KC zuließ.

hingewiesen, dass der Wortlaut von Art 440 KC keinen Zweifel lässt, dass der Gesetzgeber diese Voraussetzungen verschärfen wollte, und dass Art 5 KC nicht als eine Norm verstanden werden soll, die andere Bestimmungen des Privatrechts außer Kraft setzen und eine durch sie eingeführte Ersatzpflicht einschränken kann[461]. Es wurde auch festgestellt, dass Art 440 KC die Minderung der Ersatzplicht erschöpfend regelt und die Anwendung von Art 5 KC ausschließt[462].

461 *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 182; siehe auch *Kaliński,* Szkoda na mieniu 625.
462 *Szpunar,* Ustalenie odszkodowania 187.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

3/165 Der polnische Gesetzgeber hat sich für eine Regelung entschieden, die für Schadenersatzansprüche eine *kurze* und eine *lange* Verjährungsfrist vorsieht, von denen jede zu einem anderen Zeitpunkt zu laufen beginnt. Die kurze Frist beträgt drei Jahre und beginnt an jenem Tag zu laufen, an dem der Geschädigte *vom Schaden und der ersatzpflichtigen Person Kenntnis erlangt hat* (442^1 § 1 Satz 1 KC). Die lange Frist beruht auf Art 442^1 § 1 Satz 2 KC, wonach die Verjährungsfrist nicht länger dauern kann als zehn Jahre *ab dem Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses.* Wenn der Schaden durch ein Verbrechen verursacht wurde, ist Art 442^1 § 2 KC anzuwenden, wonach der Anspruch zwanzig Jahre nach der Begehung des Verbrechens verjährt, unabhängig davon, wann der Geschädigte vom Schaden und der haftbaren Person Kenntnis erlangt hat.

3/166 Besondere Verjährungsvorschriften gelten für Ansprüche aus Personenschäden. Solche Ansprüche können nicht früher als drei Jahre ab dem Tag verjähren, an dem der Verletzte Kenntnis vom Schaden und der haftbaren Person erlangt hat (442^1 § 3 KC). Das bedeutet, dass weder die lange Verjährungsfrist von zehn Jahren noch die Frist von zwanzig Jahren, die für Schäden gilt, die durch ein Verbrechen verursacht wurden, auf solche Ansprüche anwendbar ist. Damit werden diese im Grunde nur durch die kurze, *a tempore scientiae* berechnete Verjährungsfrist begrenzt[463]. Eine Ausnahme von dieser Regel wird allerdings anerkannt: wenn ein Personenschaden durch ein Verbrechen verursacht worden ist und die durch Art 442^1 § 3 KC eingeführte Dreijahresfrist früher abläuft als die Zwanzigjahresfrist des Art 442^1 § 2 KC, verjährt der Anspruch erst mit Ablauf der letzteren. Dies kann aus dem Wortlaut von Art 442^1 § 3 KC erschlossen werden (»der Anspruch kann nicht früher verjähren (…)«, was den Schluss erlaubt, dass er später verjähren kann)[464].

3/167 Das Zivilgesetzbuch enthält auch eine besondere Regelung zum Schutz geschädigter Minderjähriger. Nach Art 442^1 § 4 KC kann der Anspruch eines Minderjährigen aus Personenschaden frühestens zwei Jahre nach dem Tag der erreichten Volljährigkeit verjähren.

3/168 Die derzeit geltenden Verjährungsvorschriften gehen auf eine Novellierung des Zivilgesetzbuches zurück, die im August 2007 in Kraft getreten ist[465]. Diese hat

463 Siehe ua *Radwański/Olejniczak,* Zobowiązania 275 f; *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1705 f.
464 So richtig *Safjan* in: Pietrzykowski, Kodeks cywilny 1711 f.
465 Dz U 2007, Nr 80, Pos 538; mehr zur Novelle bei *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 451 f.

besondere Vorschriften für Schadenersatzansprüche aus Personenschäden eingeführt, die lange Verjährungsfrist für Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die durch ein Verbrechen verursacht wurden, von zehn auf zwanzig Jahre verlängert, und eine besondere Vorschrift für Ansprüche auf Ersatz für Personenschäden von Minderjährigen erlassen. Die Novellierung erfolgte auf Grund einer Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 1. September 2006. In dieser wurde die Bestimmung des Zivilgesetzbuchs, nach der die Zehnjahresfrist ab dem Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses zu laufen beginnt (Art 442 § 1 Satz 2 KC), für verfassungswidrig erklärt, da sie dem Verletzten die Möglichkeit nahm, Ersatz für einen Personenschaden zu erlangen, der nach diesem Zeitpunkt eintrat[466].

Daraus folgt, dass der Gedanke, die lange Verjährungsfrist solle nicht vor Eintritt des Schadens beginnen[467], im polnischen Recht keinen Niederschlag findet. **3/169**
Statt dessen wurde der Anwendungsbereich der langen Frist, die »a tempore facti« berechnet wird, dadurch eingeschränkt, dass sie auf Ansprüche, die besonders schutzwürdige Güter betreffen, nämlich solche auf Ersatz von Personenschäden, keine Anwendung findet.

466 SK 14/05; Dz U 2006, Nr 164, Pos 1166; OTK A 2006, Nr 8, Pos 97. Art 442 § 1 Satz 2 KC, vom TK für verfassungswidrig erklärt, war verschieden ausgelegt worden: wörtlich und funktionell. Letztere Auslegung, nach der die zehnjährige Verjährungsfrist am Tag des Schadenseintritts zu laufen begann, wurde schließlich verworfen (siehe den Beschluss der Großen Zivilkammer des Obersten Gerichts vom 17.2.2006, III CZP 84/05, OSNC Nr 7-8/2006, Pos 114, in welchem das Gericht die wörtliche Auslegung wählte); ausführlicher zu dieser Frage *Bagińska* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2006, 389 f. *Ludwichowska,* Odpowiedzialność cywilna 198 f.

467 Basic Questions I Rz 9/29.

Ungarn

Attila Menyhárd

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus ungarischer Sicht

Kapitel 4

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus ungarischer Sicht

Attila Menyhárd*

Teil 1 Einleitung

I. Das Eigenrisiko des Verletzten

Die allgemeine Tendenz, die Welt so zu betrachten, als wäre stets jemand anderer für jenen Schaden verantwortlich, den ein Mitglied der Gesellschaft erleidet, ist auch in Ungarn bemerkbar. Diese allgemeine Flucht aus der Selbstverantwortung zeigt sich nicht nur in Reaktionen und Erwartungen, die in den Massenmedien im Zusammenhang mit Personenschadensfällen und hohen Vermögensverlusten im Gefolge von Katastrophen oder Naturereignissen verbreitet werden, sondern auch in Bestrebungen, die Haftung in speziellen Bereichen des Schadenersatzrechts auszuweiten, insbesondere in bestimmten Fällen der Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten. **4/1**

Trotz dieser Tendenz ist auch im ungarischen Privatrecht Ausgangspunkt der Risikozuweisung das Prinzip, nach dem der Eigentümer den Schaden trägt, sofern nicht ein anderer dazu verpflichtet ist. Schaden ist also von jener Person zu tragen, die ihn erlitten hat, es sei denn, die Rechtsordnung hat anderes bestimmt. Das Grundprinzip *casum sentit dominus* ist als Regel des Sachenrechts **4/2**

---

* Dieser Bericht wurde unter Mitwirkung von em. Prof. Dr. *Lajos Vékás*, Budapest, verfasst. Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr.h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

aufgestellt worden[1], doch es wird als allgemeine Regel der Risikozuweisung im Privatrecht angewendet. Es würde sich auch aus der inneren Logik des Rechts ergeben, und ebenso aus der Funktion des objektiven Rechts, subjektive Rechte und auch Pflichten zu begründen: Wenn das objektive Recht keine diesbezügliche Verpflichtung aufstellt, gibt es keine Pflicht, Ersatz für Schäden zu leisten, die andere Personen erlitten haben. Besondere Regeln der Risikozuweisung, die den Schaden auf andere Personen als das Opfer überwälzen, werden in verschiedenen Bereichen des Privatrechts aufgestellt. Ein gesetzlicher Mechanismus zur Ersatzleistung für rechtmäßig verursachte Schäden, wie jene aus Zwangskauf oder Enteignung, ist in Sondergesetzen vorgesehen und gehört ins Sachenrecht. Die Fragen, ob der Staat das Eigentum von Personen übernehmen darf, und wenn ja, ob dies mit oder ohne Entschädigungspflicht gegenüber dem verletzten Eigentümer geschehen darf, sowie weitere Entschädigungsprobleme wie etwa, in welcher Form Ersatz zu leisten ist, wie dieser zu bemessen ist, und welche Arten von Nachteilen entschädigungslos bleiben dürfen, sind Probleme des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes.

4/3 Eine Risikozuweisung für Schäden, die im Verlauf der Abwendung einer drohenden Gefahr (Notstand) oder im Rahmen von Notwehr verursacht werden, erfolgt im Sachenrecht. Eine spezielle Schadensüberwälzungsregel enthält das Recht des Eigentümers auf Ersatz, dessen Sachen aufgeopfert worden sind, um die Folgen einer drohenden Gefahr abzuwenden[2]. Haftung aus Delikt, Haftung für Vertragsverletzung und Rückerstattung ungerechtfertigter Bereicherung sind Teil des Obligationenrechts.

4/4 Ein spezielles und einzigartiges Risikozuweisungsinstrument existiert in Form einer Sonderbestimmung bezüglich der Folgen einer Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben. Diese Bestimmung schafft die Grundlage für Ersatzansprüche bei Schäden, die durch ein von anderen Personen veranlasstes Verhalten oder durch die von diesen hervorgerufenen gerechtfertigten Erwartungen erlitten wurden. Die Bestimmung sieht vor, dass jemand, der durch absichtliches Verhalten eine andere Person veranlasst, in gutem Glauben und mit gutem Grund auf eine bestimmte Art zu handeln, voll oder teilweise dafür verantwortlich ist, letzterer den Schaden zu ersetzen, den diese ohne eigenes Verschulden deshalb erlitten hat, weil sie auf das Verhalten vertraut hat. Die kumulativen Voraussetzungen einer Haftung aus solchem Verhalten sind gemäß § 6 Zivilgesetzbuch 1959[3]: absichtliches Verhalten (das nicht notwendigerweise auf Beeinflussung des Verhaltens

1 Gesetz Nr IV aus 1959 über das Ungarische Zivilgesetzbuch (im Folgenden als Zivilgesetzbuch 1959 zitiert) § 99.

2 Zivilgesetzbuch 1959 § 107 (3).

3 Dieselbe Vorschrift enthält Gesetz Nr V aus 2013 über das Ungarische Zivilgesetzbuch (in Kraft seit 15. März 2014, im Folgenden als Zivilgesetzbuch 2013 zitiert) § 6:587 als speziellen Verpflichtungsgrund.

des Geschädigten zielen muss)[4]; der Geschädigte hat in gutem Glauben gehandelt; der gutgläubig handelnde Geschädigte hat auf das Verhalten des anderen vertraut, und dieses Verhalten hat ihn veranlasst – mit gutem Grund – zu handeln[5]; der Geschädigte hat Schaden als Folge seines eigenen, vom anderen veranlassten Verhaltens erlitten; und der Geschädigte hat den Schaden ohne eigenes Verschulden erlitten.

Diese Bestimmung des Zivilgesetzbuchs 1959 erzeugte eine Obligation, die nicht auf Deliktshaftung beruht. Weder Verschulden noch Rechtswidrigkeit im Verhalten des Beklagten ist Voraussetzung der Verpflichtung zur Ersatzleistung an den Geschädigten. Eine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien schließt die Anwendung dieser Regel aus[6]. Sie bezweckt den Vertrauensschutz – ähnlich wie *estoppel* in Rechtsordnungen des common law – und eine Zuweisung der Risiken, die im eigenen Verhalten des Klägers begründet sind[7]. Sie ist ein allgemeiner Rechtsbehelf für Fälle, in denen Schaden als Folge des Vertrauens auf das Verhalten eines anderen erlitten wird. Verschulden, Sorgfaltspflichten oder die Einhaltung von Verhaltensvorschriften haben bei der Beurteilung, ob eine Verpflichtung zu teilweiser oder voller Ersatzleistung an den Geschädigten besteht, außer Betracht zu bleiben. Die Vorschrift gibt dem Richter die Möglichkeit in die Hand, ex post eine direkte Risikozuweisung vorzunehmen, unabhängig von der rechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Beklagten. **4/5**

Die Bestimmung ist sowohl von einem theoretischen wie auch von einem praktischen Gesichtspunkt aus sehr eng begrenzt. Sie siedelt Verhalten, nämlich das Handeln, welches den Geschädigten veranlasst hat, etwas zu tun, in einer Grauzone irgendwo zwischen rechtlich verbotenem und rechtlich erlaubtem Verhalten an. Der theoretische Ausgangspunkt des Gesetzgebers war die Absicht, einen Rechtsbehelf für die Folgen eines Verhaltens bereitzustellen, das weder rechtswidrig war (Rechtswidrigkeit würde deliktsrechtliche Verantwortlichkeit begründen) noch rechtmäßig (rechtmäßiges Verhalten unterliegt keiner Sanktion), und das auch keine Verletzung eines vertraglichen Versprechens darstellt[8]. Daraus folgt, dass die Bestimmung nicht Anwendung finden kann, wenn das Verhalten deliktische Haftung oder Haftung für Vertragsverletzung auslöst. In solchen Fällen könnte der Geschädigte einen Rechtsbehelf aus Delikts- oder Vertragsrecht geltend machen. Das Verhalten, auf das der Geschädigte vertraut hat, darf also weder **4/6**

---

4 Es ist nicht klar, welchen Umfang der Vorsatz des Täters haben muss, damit § 6 des Zivilgesetzbuchs 1959 anwendbar ist.

5 Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Handeln des Geschädigten bestehen. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. V. 22.772/1995. sz. BH 1984. Nr 144.

6 Oberstes Gericht, P. törv. I. 20 501/1983. sz. (PJD X. 5.) BH 1984. Nr 144.

7 Zivilgesetzbuch 1959 § 6. Die Bestimmung findet hauptsächlich auf Fälle von culpa in contrahendo Anwendung.

8 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 38.

verboten sein noch auf ein Angebot oder eine Annahme hinauslaufen, durch die ein Vertragsabschluss bewirkt wird[9]. Nach dieser besonderen Risikozuweisungsregel *kann* das Gericht der Person, welche eine andere zu einem Handeln veranlasst hat, die Verpflichtung auferlegen, der geschädigten Person vollen oder teilweisen Ersatz zu leisten. Das Gericht hat einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung, ob es eine Ersatzleistung anordnet, und wenn ja, in welchem Umfang der Schaden des Opfers ersetzt werden soll[10]. In den letzten beiden Jahrzehnten haben Gerichte gezögert, auf der Grundlage dieser Vorschrift Schadenersatz zuzusprechen. Als allgemeines Prinzip gilt, dass die Anwendung dieser Regel nicht eine Verlagerung normaler Geschäftsrisiken auf andere Marktteilnehmer bewirken sollte. Die Gerichte folgen hauptsächlich der Regel, dass ein Unternehmen das Risiko für seine Tätigkeiten zu tragen hat, auch wenn ihm Kosten durch ein Verhalten entstehen, das durch das Vertrauen auf Erklärungen einer anderen Partei veranlasst war. Der frustrierten Partei wird nur dann ein Anspruch auf Ersatz zustehen, wenn die Erklärung der anderen Partei so konkret und präzise war, dass erstere mit hinreichender Sicherheit auf einen Vertragsabschluss vertrauen konnte, insbesondere wenn dieses Vertrauen die frustrierte Partei dazu bewog, eine alternative Obligation aufzugeben, oder wenn sie vertretbare zusätzliche Aufwendungen gemacht hat[11]. Die Judikatur ist konsequent, indem die Kosten und Aufwendungen, die erforderlich waren, um geschäftliche Entscheidungen zu treffen – zu entscheiden, ob ein Angebot angenommen werden sollte und wenn ja, zu welchen Bedingungen (einschließlich des Preises, den die Partei anzunehmen oder zu zahlen bereit sein würde), oder welche Partei bei Vorliegen mehrerer Alternativen gewählt werden sollte – von der Partei selbst getragen werden müssen, und nicht auf die andere Partei überwälzt werden können, selbst wenn die Grundlage der Aufwendung eine frustrierte Erwartung gewesen ist[12].

4/7 Versicherung spielt eine wachsende Rolle in der Risikozuweisung. Sie bewirkt allerdings keine endgültige Zuweisung oder Überwälzung des versicherten Risikos. Die rechtliche Regelung des Versicherungsrechts mit Legalzession (cessio legis) sieht ausdrücklich Regressrechte des Versicherungsunternehmens gegen den Täter vor. Das Versicherungsunternehmen erwirbt mit der Ersatzzahlung die Rechte des Versicherten gegenüber der für Schadenersatz haftenden Person[13]. Im

9 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 39. *T. Lábady,* A magyar magánjog (polgári jog) általános része (2002) 304.

10 *K. Benedek/M. Világhy,* A Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban (1965) 38 f.

11 Oberstes Gericht, Richtlinie GK 14.

12 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. IV. 21.606/1993. sz. BH 1994. Nr 308; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.883/2001. sz. BH 2005. Nr 12.

13 Es sei denn, diese Person ist ein im Haushalt des Versicherten lebender Verwandter. Zivilgesetzbuch 1959 § 558 (1), Zivilgesetzbuch 2013 § 6:468 (1).

Fall einer Haftpflichtversicherung wurde im Zivilgesetzbuch 1959[14] diese Legalzession für im Versicherungsvertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Fehlverhaltens vorgesehen. Im Zivilgesetzbuch 2013 fehlen diesbezüglich spezielle Vorschriften. Das bedeutet, dass es nach dem Zivilgesetzbuch 2013 den Parteien oder besonderer gesetzlicher Regelung obliegt, solche Ansprüche des Versicherungsunternehmens zu beschränken.

In Ungarn existieren auch gesetzliche Kompensationssysteme für Ersatzleis- **4/8**
tungen an Verbrechensopfer[15] sowie an Katastrophenopfer (auf einer ad-hoc-Basis).

Haftung, die eine Verpflichtung erzeugt, dem Opfer Ersatz für Schäden zu **4/9**
leisten, die dem Täter zuzurechnen sind, bildet einen Teil des Risikozuweisungssystems, das rechtswidrig durch andere Personen verursachte Schadensrisiken diesen Personen zuweist. Ob es der Täter selbst ist oder eine andere Person (Betreiber einer außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit, Eigentümer eines Bauwerks, Dienstgeber, Geschäftsherr usw), die für die Leistung von Schadenersatz herangezogen wird, hängt von den Schadenersatzvorschriften ab. Bezüglich des ungarischen Schadenersatzrechts besteht keine Einigkeit darüber, ob Ersatz oder Prävention das primäre Haftungsziel darstellt. Normalerweise werden in der Theorie und in der Rechtserzeugung beide Ziele betont.

Die Struktur, die Grundprinzipien und die Mittel der Risikozuweisung des **4/10**
ungarischen Rechts scheinen mit den Hauptstrukturen und -prinzipien anderer Rechtsordnungen übereinzustimmen. Die Besonderheiten der ungarischen Gesetzgebung führen nicht zu einem Risikozuweisungssystem, das sich von den diesbezüglichen Methoden anderer europäischer Rechtsordnungen beträchtlich unterscheidet.

II. Versicherungslösung statt Haftpflichtrecht?

Der Gedanke, dass anstelle der Schadenshaftung ein umfassendes Versicherungs- **4/11**
system einen allgemeinen Risikozuweisungsmechanismus der Gesellschaft bilden könnte, ist auch in der ungarischen Rechtsliteratur vertreten worden. *Sólyom* hat darauf hingewiesen, dass die traditionelle Struktur der Schadenshaftung im Verschwinden und im Begriff ist, sich zu einem auf Versicherung gegründeten Risikozuweisungssystem zu entwickeln[16]. Die Tendenz zur Ausweitung von Versi-

14 Zivilgesetzbuch 1959 § 559 (3).
15 Gesetz Nr CXXXV aus 2005 über Hilfe für Verbrechensopfer und Milderung des von ihnen erlittenen Schadens.
16 *L. Sólyom,* A polgári jogi felelősség hanyatlása (1977) 29.

cherungen ist sicher in einigen speziellen Bereichen feststellbar, wie etwa bei der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung. Solche Regelungsbereiche mögen zwar bezüglich der von ihnen gedeckten Schäden die Risikozuweisung verändern, doch sie ändern nicht zwangsläufig die Struktur der Haftung. Es ist noch immer die Haftung des versicherten Täters, welche die Grundlage der Verpflichtung des Versicherungsunternehmens bildet, an das Opfer Schadenersatz zu zahlen. Das erzeugt stets ein starkes Band zwischen Versicherung und Schadenshaftung. Überdies hat das Versicherungsunternehmen auf Grund einer Legalzession als Zessionar des Opfers das Recht, den Anspruch gegen den Schadenersatzpflichtigen durchzusetzen. In solchen Fällen ist Grundlage des Anspruchs des Versicherungsunternehmens wiederum die Haftung des Beklagten. Wenn also das Risikozuweisungssystem der Gesellschaft weiterhin die Absicht verfolgen will, jene Präventionswirkung beizubehalten, welche nach den rechtspolitischen Erwägungen, die der Haftung zugrunde liegen, eine indirekte Funktion des Schadenersatzrechts bildet[17], kann wohl die Versicherung keine Lösung anstelle von Haftungsrecht bieten, sondern nur eine Art Zwischenlösung zur Risikostreuung. Die Versicherung kann Deckung für Opfer bieten um sicherzustellen, dass diese ihren Schaden ersetzt erhalten, doch dies bedeutet nicht, dass sie das Haftungssystem verdrängen könnte.

4/12 In der Periode des Sozialismus hat ein weitreichendes staatliches Krankenversicherungssystem in Fällen von Personenschaden eine alternative Risikozuweisung zum Schadenersatzrecht geboten, und dies trifft auch heute noch zu. In Fällen von Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung kann dem Geschädigten auf der Grundlage des Schadenersatzrechts nur insoweit Ersatz zugesprochen werden, als ein solcher nicht durch die staatliche Krankenversicherung geleistet worden ist. Das bedeutet, dass in diesen Fällen die staatliche Krankenversicherung einen Teil des Risikozuweisungssystems bildet.

III. Strenge Grenzen und starre Normen oder fließende Übergänge und elastische Regeln?

4/13 Hinsichtlich Struktur, Rechtspolitik und rechtlicher Regelung sind klare Unterscheidungen zwischen Delikts-, Vertrags- und Bereicherungsrecht zu treffen, und bezüglich des Deliktsrechts wiederum zwischen den verschiedenen Haftungsvoraussetzungen. Es gibt jedoch keine klaren Abgrenzungen zwischen diesen Entste-

17 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 363.

hungsgründen von Obligationen, und auch unter den Haftungsvoraussetzungen ist folglich keine klare Grenzziehung möglich. Die grundlegenden gemeinsamen Elemente der Haftung aus Delikt und der Haftung für Vertragsverletzung bestehen darin, dass beide Folgen (Sanktionen) der Verletzung einer Pflicht darstellen und beide die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz betreffen. Die Hauptunterschiede bestehen in den zugrunde liegenden rechtspolitischen Erwägungen und in der Berechnung des Schadenersatzes. Die grundlegende rechtspolitische Erwägung des Deliktsrechts ist Schadenersatz und Prävention von Fehlverhalten, während sie im Vertragsrecht der Schutz des Vertrauens auf das Versprechen eines anderen ist. Dieser Ansatz entspricht dem Umstand, dass im Vertragsrecht diese Verpflichtung freiwillig durch die Partei übernommen worden ist, während im Deliktsrecht die Pflicht von der Rechtsordnung auferlegt worden ist. Was die Berechnung des Schadenersatzes betrifft, soll im Deliktsrecht das Opfer in die Lage zurückversetzt werden, als ob der Schaden nicht zugefügt worden wäre. Andererseits soll im Vertragsrecht die verletzte Partei in die Lage versetzt werden, als ob das vertragliche Versprechen eingehalten worden wäre. Obwohl man diese Unterschiede als grundlegend ansehen könnte, ist dies nicht zwangsläufig der Fall. Während das eine Ziel negativ formuliert ist, dh als ob der Schaden nicht erlitten worden wäre, und das andere positiv, dh als ob der Vertrag erfüllt worden wäre, können die Folgen in den meisten Fällen auswechselbar sein, dh einen Vertrag zu erfüllen kann auch als ihn nicht zu verletzen beschrieben werden. Rechte und Verpflichtungen können sich auch im Vertragsrecht direkt aus der Rechtsordnung ergeben, zB Bestimmungen, die durch Auslegung von Generalklauseln wie Treu und Glauben gewonnen werden, und vertragliche Verpflichtungen können auch ohne Vertrag von Rechts wegen entstehen. Fälle von direktem oder indirektem Kontrahierungszwang, wie bei gesetzlichem Diskriminierungsverbot oder modernen Überresten der mittelalterlichen »common callings«, machen es unmöglich, eine klare Grenzlinie zwischen freiwillig übernommenen und rechtlich auferlegten Pflichten zu ziehen. Culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage bei Verletzung stillschweigend übernommener Verpflichtungen der Parteien (insbesondere der Offenlegungspflicht) im vorvertraglichen Stadium bildet nach der bisherigen Judikatur ein Beispiel für Deliktshaftung, während sie im Zivilgesetzbuch 2013 entweder deliktische Haftung oder Haftung für Vertragsverletzung bewirkt, je nachdem ob es zum Vertragsabschluss gekommen ist. Siehe dazu ausführlicher unten.

Obwohl also grundsätzlich in Theorie und Dogmatik eine scharfe Grenze zwischen Haftung aus Deliktsrecht und Haftung für Vertragsverletzung zu ziehen ist, wird es in der Praxis oder bei eingehenderer Analyse nicht unbedingt zu klaren Abgrenzungen kommen. **4/14**

Schadenersatz und ungerechtfertigte Bereicherung scheinen zwei völlig verschiedene Rechtsinstitute zu sein, die nur einen gemeinsamen Zug aufweisen, **4/15**

nämlich dass ihre Rechtsfolge jeweils in der Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes an den Verletzten besteht. Im Brennpunkt der Haftung steht der Schaden, den das Opfer erlitten hat, und der Ersatz ist auf der Grundlage des Schadens zu berechnen. Rechtspolitisches Hauptanliegen des Haftungsrechts ist Ersatz des Schadens und Prävention von Fehlverhalten. Haftung beruht hauptsächlich auf Verschulden und bezieht auch Gewinnentgang ein. Im Brennpunkt der ungerechtfertigten Bereicherung steht der Vorteil, den der Beklagte zum Nachteil des Klägers erlangt hat. Das rechtspolitische Hauptanliegen des Bereicherungsrechts ist die Wiederherstellung des vorherigen Zustands und die Verhinderung rechtswidriger Vorteilserlangung. Dabei bleiben Verschulden und Gewinnentgang außer Betracht. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Kategorien Schadenersatz und ungerechtfertigte Bereicherung einander nicht überlagern könnten. Wenn zB ein Lastkraftwagen, der einem Unternehmen gehört, von jemandem ohne Rechtstitel benützt wird, kann die Lage entweder als Schadenersatzfall beschrieben werden, in dem der Eigentümer wegen rechtswidriger Beeinträchtigung seiner Sache Ersatz für erlittenen Schaden fordern kann (Mietkosten eines Ersatzfahrzeugs oder Gewinnentgang), oder als Fall ungerechtfertigter Bereicherung, in dem der Eigentümer den Vorteil herausverlangen kann, den der andere durch den Gebrauch einer Sache erzielt hat, die ihrem Eigentümer Gewinn bringen sollte. In solchen Fällen kann keine klare Grenze zwischen Schadenersatz und ungerechtfertigter Bereicherung gezogen werden, obwohl bezüglich der beiden Ansprüche die Stellung des Klägers verschieden ist. Einerseits sind die einzuklagenden Beträge vermutlich nicht dieselben. Welcher der beiden höher ist, hängt von den Umständen des Falles ab. Andererseits geht der Kläger, der Schadenersatz begehrt, das Risiko ein, dass sich der Beklagte entlasten und damit von Haftung befreien kann.

4/16 Weder rechtliche Regelungen noch die herrschende Lehre nehmen im ungarischen Schadenersatzrecht auf absolut geschützte Rechte und ungeschützte Interessen Bezug. Doch auch im ungarischen Schadenersatzrecht sind stets Prioritäten gesetzt worden. Der stärkste Schutz von Persönlichkeitsrechten, insbesondere der Menschenwürde, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit, hat bereits in den wegweisenden Entscheidungen des ungarischen Verfassungsgerichts zur Unvereinbarkeit der Todesstrafe mit der Verfassung Ausdruck gefunden, die das menschliche Leben zum absolut geschützten Wert erklärt und auch die Lehre von der »unsichtbaren Verfassung« begründet haben[18], sowie die Entscheidung zum Ersatz immaterieller Schäden[19]. Diese Rangordnung geschützter Interessen kann in den neuesten Tendenzen zur Annahme und Anwendung von Theorien

18 Verfassungsgericht der Republik Ungarn 23/1990. (X.31.) AB. hat.
19 Verfassungsgericht der Republik Ungarn 34/1992. (VI.1.) AB. hat.

beobachtet werden, die etwa die reduzierte Wahrscheinlichkeit der Wiederherstellung oder den Verlust einer Chance als Kausalzusammenhang[20] in Arzthaftungsfällen akzeptieren[21] und sich auf Formen strikter Haftung berufen sowie deren Anwendungsbereich erweitern, um auch in anderen Personenschadensfällen eine Haftung zu bejahen[22].

Es wird oft gesagt, dass zwar die Vermeidung von Fehlverhalten ein gemeinsames Hauptziel von Schadenersatzrecht und Strafrecht sei, ein großer Unterschied jedoch darin bestehe, dass das Strafrecht in der Bestimmung anwendbarer Sanktionen flexibler sei, wenn es zur Berücksichtigung und Abwägung der besonderen Umstände des Falles ebenso wie der des Täters komme. Im Gegensatz dazu verfolge das Privatrecht, insbesondere das Schadenersatzrecht, einen »schwarz-weiß«-Ansatz, der auch durch das Prinzip der vollen Schadensgutmachung gestützt werde. Es mag den Eindruck erwecken, dass jemand, der für Schaden verantwortlich gemacht wird, weder nur teilweise haften, noch verpflichtet sein könne, nur teilweise Ersatz für den von ihm verursachten Schaden zu leisten. Ein solcher »Alles-oder-nichts-Ansatz« mag aus einem rein theoretischen Blickwinkel richtig sein, er ist jedoch nie eine Eigenschaft des Schadenersatzrechts gewesen. Nicht nur kann ein Mitverschulden des Opfers zu einer Minderung der Ersatzleistung führen, sondern die Judikatur entwickelt auch andere Theorien, etwa die der Teilverursachung, welche den Täter nur für jenen Teil des Schadens haften lässt, der seinem Anteil an der Verursachung entspricht. Nach diesem Ansatz wird, wenn das Verhalten des Beklagten als conditio sine qua non zu einem bestimmten Prozentsatz zum Schaden des Opfers beigetragen hat, während andere Umstände (Naturereignisse, unbestimmbare Umstände usw) ebenso beigetragen haben, die Haftung des Beklagten nur auf jenen Anteil des Schadens festgesetzt, den er verursacht hat[23]. Doch selbst wenn auf Haftung des Täters für den gesamten Schaden erkannt wird, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass er verpflichtet sein wird, für den gesamten von ihm verursachten Schaden aufzukommen, da aus besonderen Billigkeitserwägungen das Gericht eine teilweise Haftungsbefreiung des Verantwortlichen verfügen kann[24]. 4/17

Wie das Deliktsrecht anderer Rechtsordnungen ist auch das ungarische ein System offener Rechtsvorschriften, die den Gerichten große Macht einräumen 4/18

20 *E. Jójárt,* Az esély elvesztése, mint kár? Jogtudományi Közlöny [Hungarian Law Journal] 64 (2009) Nr 12, 518.
21 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 25.423/2002. sz. BH 2005. Nr 251.
22 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 21.046/1992. sz. BH 1993. Nr 678.
23 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.710/2007. sz. EBH 2008. Nr 1803.
24 Zivilgesetzbuch 1959 § 339 (2); Zivilgesetzbuch 2013 § 6:522 (4). Solche Billigkeitserwägungen können die wirtschaftliche Lage des Klägers betreffen (ist der Schaden groß oder klein im Verhältnis zum Vermögens des Klägers) sowie die des Beklagten (beengte Vermögensverhältnisse). Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 370.

und ihnen erlauben, die passenden Richtlinien für die Beurteilung von Schadenersatzfällen aufzustellen und anzuwenden. Als Ergebnis dieses Systems ist ein großer Teil des ungarischen Schadenersatzrechts Richterrecht, in dem ein komplexes System von Kriterien Anwendung findet, nach denen Schadenersatzfälle beurteilt und entschieden, und Haftungsgrenzen gezogen werden. Schadenersatzrecht als *»law in action«* ist ein bewegliches System im Sinne *Wilburgs*[25], in dem die richterliche Entscheidung in jedem einzelnen Fall aus der Abwägung verschiedener Elemente resultiert. Durch die offenen Regelungen des Schadenersatzrechts bietet dieses System die Instrumente für eine angemessene Risikozuweisung. Wie schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts *Grosschmid* gezeigt hat, werden die Abwägungen im Schadenersatzrecht von so vielen Faktoren beeinflusst, dass das Ergebnis immer von der konkreten Anwendungssituation abhängt; die Urteile der Gerichte hängen nicht an einem einzigen Entscheidungsstrang, sondern sind an eine Unzahl verschiedener Erwägungen gebunden[26].

4/19 Die Struktur rechtlicher Regelung legt nicht zwangsläufig dieses System nahe. Geschriebenes Recht kann irreführend sein und die tatsächlichen Mechanismen und das Modell des Privatrechts verschleiern. Die Bedeutung des geschriebenen Rechts wird oft überbewertet, und das gilt besonders für das Schadenersatzrecht. Vor der Privatrechtskodifikation des Jahres 1959 existierten zwei rivalisierende Auffassungen bezüglich der richtigen Beschreibung des Schadenersatzrechts, seiner Funktionsweise und seines Modells. *Marton* hat gezeigt, dass Verschulden als subjektives Element kein integrierender Bestandteil des Systems zivilrechtlicher Haftung ist. Er griff auf die römischrechtlichen Wurzeln zurück und behauptete, dass Verschulden als Haftungsvoraussetzung auf einem falschen Verständnis der lex Aquilia beruhe. Er entwickelte ein kohärentes System, nach dessen rechtspolitischer Grundlage die Primärfunktion des Schadenersatzrechts in der Prävention von Fehlverhalten liegt. Dementsprechend lautet die grundlegende Wertentscheidung, dass rechtswidrig verursachter Schaden ersetzt werden muss. Bestimmte Umstände des Falles können jedoch diese Grundentscheidung außer Kraft setzen und zu einer Reduktion oder Eliminierung der Haftung führen. Die Elemente, die im Zuge der Bestimmung von Haftung geprüft und berücksichtigt werden müssen und die Grundwertung außer Kraft setzen können, sind das Gewicht der verletzten Interessen und die Interessen des Täters im Zusammenhang mit dem schädigenden Verhalten; die Fähigkeit des beklagten Unternehmens, den Schadenersatz auf seine Kunden zu überwälzen, indem dieser in den Preis der Produkte als Teil

25 *W. Wilburg,* Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950). Siehe auch *W. Wilburg,* Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 163 (1964) 364 ff.

26 *B. Grosschmid,* Fejezetek kötelmi jogunk köréből I (1932) 679.

der Produktionskosten einkalkuliert wird; der Verschuldensgrad, und Billigkeitserwägungen[27].

Eörsi, dessen Arbeiten nicht nur in der Periode des Sozialismus die Theorie zivilrechtlicher Haftung entscheidend beeinflusst haben, sondern auch den Entwurf des Haftungsrechts im Zivilgesetzbuch 1959, hat anerkannt, dass Prävention das rechtspolitische Hauptanliegen des Schadenersatzrechts bilden sollte. Im Gegensatz zu *Marton* wies er jedoch die Idee zurück, dass der Ausgangspunkt sein sollte, rechtswidrig zugefügten Schaden zu ersetzen. Er betrachtete Verschulden als zentrales Element der Haftung, und gründete seine Theorie zivilrechtlicher Haftung auf den Gedanken, dass dann, wenn die Prävention von Unrecht das Hauptanliegen des Schadenersatzrechts sei, auch primär das rechtswidrige Verhalten von der Rechtsordnung ins Auge gefasst werden müsse. Anstelle von *Martons* System, der die Elemente definierte, die zu bedenken, abzuwägen und zu bewerten waren, hat sich bei der Vorbereitung des Zivilgesetzbuchs von 1959 die Theorie *Eörsis* durchgesetzt. Das Ergebnis war ein Haftungsbegriff, der die Hauptelemente der Haftung beschrieb (Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden), ohne die begrenzenden Faktoren oder Bewertungselemente zu bestimmen, mit Ausnahme des Hinweises auf Billigkeitserwägungen. Später hat *Eörsi* sein System revidiert und auch die Begrenzungskriterien beschrieben und zusammengefasst, die zur Abweisung des Schadenersatzanspruchs führen können[28]. **4/20**

27 *G. Marton,* A polgári jogi felelősség (1993) 100 ff.

28 *Gy. Eörsi,* A közvetett károk határai, in: Emlékkönyv Beck Salamon születésének 100. évfordulójára (1985) 62. Siehe unter Rz 4/158 ff im Abschnitt »Begrenzungen der Zurechnung«.

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Allgemeines

4/21 Das System des Schutzes von Rechten und rechtlichen Interessen beruht auf Säulen, die von verschiedenen Rechtsbereichen gebildet werden. Grundsätzlich bestehen zwei Einteilungsebenen. Die erste betrifft die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Nach herrschender Auffassung ist öffentliches Recht jenes Recht, das den Aufbau und die Tätigkeit des Staates und staatlicher Organisationen regelt[29], während Privatrecht Rechtsbeziehungen unter autonom handelnden Personen betrifft. Diese beiden Teile des Rechts haben nach herrschender Lehre nichts miteinander zu tun. In der Theorie, der Praxis und der Regelung des Schadenersatzrechts scheint eine »Chinesische Mauer« zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht zu stehen. Diese Mauer wird im Schadenersatzrecht durch die Begriffe »Verschulden« und »Rechtswidrigkeit« verstärkt, die von öffentlichrechtlichen Regelungen unabhängig sind. Das Schadenersatzrecht beruht auf einem autonomen Unrechtsbegriff, dem zufolge schädigende Handlungen *per se* rechtswidrig sind und nur dann als rechtmäßig erachtet werden können, wenn das vom Recht ausdrücklich vorgesehen wird[30]. So sind Maßnahmen, die vom öffentlichen Recht vorgesehen sind, um die Rechte und rechtlichen Interessen von Personen zu schützen, unabhängig von den Maßnahmen, die im Privatrecht vorgesehen sind, und haben keinen Einfluss auf diese. Nun wird in der Normsetzung und in der Rechtstheorie keine direkte Verbindung zwischen einerseits dem Privatrecht und andererseits der Verfassung[31], dem Strafrecht oder anderer Spezialgesetzgebung zum Schutz von Rechten und rechtlichen Interessen angenommen. Bezüglich des Strafrechts würde der prozessuale Kontext ein solches Zusammenspiel ermöglichen, da Verbrechensopfer das Recht haben, ihre Ansprüche im Strafprozess durchzusetzen. Doch die Gerichte sondern solche Ansprüche im Normalfall aus, insbesondere wenn ein Anspruch schwierig zu entscheiden ist, und verweisen sie auf den ordentlichen Zivilrechtsweg.

29 *Lábady,* A Magyar magánjog (polgári jog) általános része 22.

30 *T. Lábady* in: L. Vékás (Hrsg), A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal (2013) 944.

31 Nach herrschender Lehre erzeugt die Verfassung (Grundgesetz) Rechte und Pflichten zwischen dem Staat und Mitgliedern der Gesellschaft, sie ist jedoch auf Privatrechtsbeziehungen nicht unmittelbar anwendbar. *L. Vékás,* A szerződési szabadság alkotmányos korlátai, Jogtudományi Közlöny 1999, Nr 2, 59. *A. Vincze,* Az Alkotmány rendelkezéseinek érvényre juttatása a polgári jogviszonyokban, Polgári Jogi Kodifikáció 2004, Nr 3, 3 ff.

Die zweite Einteilungsebene besteht innerhalb des Privatrechts. Jeder Bereich des Privatrechts verfügt über verschiedene Instrumente zum Schutz der Rechte und rechtlichen Interessen von Personen. Persönlichkeitsrechte werden durch ein komplexes System von Ansprüchen geschützt, die für den Fall einer unrechtmäßigen Beeinträchtigung dieser Rechte dem Verletzten zur Verfügung stehen. Auf der Grundlage des Sachverhalts der Unrechtstat kann die verletzte Person vom Gericht eine Feststellung der Rechtsverletzung verlangen; eine Untersagung der Beeinträchtigung fordern; begehren, dass der Täter in Form einer Erklärung oder auf andere angemessene Weise Genugtuung leistet, und dass erforderlichenfalls der Täter darüber auf eigene Kosten eine entsprechende öffentliche Darstellung abgibt. Der Verletzte kann eine Beendigung des rechtswidrigen Zustandes und die Wiederherstellung des vorigen Standes auf Kosten des Täters verlangen und überdies fordern, dass die Sache, welche die Persönlichkeitsrechte des Klägers verletzt, zerstört oder ihres rechtwidrigen Charakters entkleidet wird[32]. Das Zivilgesetzbuch 2013 sieht auch das Recht vor, nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung die Herausgabe von Vorteilen zu verlangen, die durch unrechtmäßige Beeinträchtigung erlangt worden sind[33]. Wenn dingliche Rechte rechtswidrig beeinträchtigt werden, hat der Eigentümer das Recht, die Sache mittels »rei vindicatio« oder mit einem im Liegenschaftsrecht entsprechenden Rechtsbehelf herauszuverlangen. Diese Rechtsfolgen (Ansprüche) setzen kein Verschulden oder andere Form von Fehlverhalten voraus, sondern sind schlechthin auf Grund der Umstände des Falles anwendbar. Haftung (für Schadenersatz) wird als generelle Sanktion der Beeinträchtigung von Rechten und rechtlich geschützten Interessen betrachtet, entweder Sachen oder Personen betreffend, wenn die rechtswidrige Beeinträchtigung von geschützten Rechten das Ergebnis eines Verhaltens war, das nicht den rechtlich geforderten Sorgfaltspflichten entsprach. 4/22

II. Herausgabeansprüche

Das System des ungarischen Privatrechts entspricht dem Prinzip, dass das Hauptanliegen der Rechtsordnung darin besteht, die Herstellung des vom Recht verlangten Zustands zu fördern. So sind Obligationen so zu erfüllen und Verbote so durchzusetzen, wie sie lauten. Das Recht hat Personen keine Wahl einzuräumen, ob sie ihre Pflichten erfüllen oder sich durch Zahlung von Schadenersatz »freikaufen« wollen, sondern es hat die Rechte und die auferlegten Pflichten durchzusetzen. 4/23

32 Zivilgesetzbuch 1959 § 84 (1). Diese Sanktionen werden auch im Zivilgesetzbuch 2013 aufrechterhalten: Zivilgesetzbuch 2013 § 2:51.

33 Zivilgesetzbuch 1959 § 84 (1) und Zivilgesetzbuch 2013 § 2:51.

Dieser Ansatz gilt im Vertragsrecht ebenso wie im Deliktsrecht, und wird auch im System des Schutzes von Persönlichkeitsrechten beachtet.

4/24 Im Schutzmechanismus für Persönlichkeitsrechte ist der Ersatz immateriellen Schadens nur eine der möglichen Sanktionen, und sie wird sowohl im Zivilgesetzbuch 1959 als auch im Zivilgesetzbuch 2013 nicht an erster Stelle angeführt. Im Vertragsrecht ist Erfüllung durch Erbringung der versprochenen Leistung die allgemeine Regel[34], und Geldersatz wird nur dann anstelle der Durchsetzung der Leistung gewährt, wenn die Erbringung der Leistung selbst unmöglich ist oder nicht im Interesse des Gläubigers läge[35]. Im Kontext des Deliktsrechts unter dem Zivilgesetzbuch 1959 war der für den Schaden Verantwortliche für die Herstellung des ursprünglichen Zustands haftbar, oder wenn dies nicht möglich war oder die verletzte Partei die Wiederherstellung aus einem vernünftigen Grund ablehnte, musste er an das Opfer Schadenersatz zahlen, um dessen materiellen oder immateriellen Verlust auszugleichen[36]. Folglich oblag im Deliktsrecht dem Verpflichteten primär die Wiederherstellung. In der Praxis begehrten Kläger allerdings normalerweise die Ersatzzahlung. Tatsächlich gab es bei Gericht keine Klagebegehren auf Wiederherstellung des vorigen Zustands. Das trifft auch auf das Vertragsrecht zu, in dem normalerweise Schadenersatz begehrt wird, und auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten, bei denen Ersatz immateriellen Schadens die allgemeine Regel ist. Das Zivilgesetzbuch 2013 hält an diesem System nicht fest. Es sieht nicht die Naturalrestitution als Primärpflicht des Schadenersatzpflichtigen vor, sondern die Zahlung von Schadenersatz[37]. Der Hauptgrund für diese Änderung war die Überlegung, dass es in den meisten Fällen nicht möglich ist, auf Naturalrestitution Exekution zu führen. Wenn dies jedoch nicht zutrifft und es unter den gegebenen Umständen sinnvoll erscheint, stellt Naturalersatz eine passende Lösung dar[38].

---

34 Das Zivilgesetzbuch 1959 sieht in § 277 (1) vor, dass Verträge wie vereinbart erfüllt werden müssen, am vereinbarten Ort und zur vereinbarten Zeit, sowie nach Menge, Qualität und Umfang wie im Vertrag bestimmt. Dieser Bestimmung des Gesetzbuchs liegt als Grundprinzip die Erfüllung in Form der Naturalleistung zugrunde. Derselbe Ansatz wurde im Zivilgesetzbuch 2013 beibehalten, welches vorsieht, dass Verpflichtungen ihrem Inhalt gemäß erfüllt werden müssen (§ 6:34). Ansprüche auf Naturalleistung sind auch ausdrücklich im Zivilgesetzbuch 1959 § 300 (1) und im Zivilgesetzbuch 2013 § 6:154 (1) vorgesehen.

35 Dies wird auch ausdrücklich in den Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959 festgestellt: Erläuternde Bemerkungen 295. *A. Harmathy,* The Binding Force of Contract in Hungarian Law, in: A. Harmathy (Hrsg), Binding Force of Contract, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences (1991) 29. Das allgemeine Prinzip der Durchsetzung der Naturalleistung wird auch durch andere Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs gestützt.

36 Zivilgesetzbuch 1959 § 355 (1).

37 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:527.

38 *Lábady* in: Vékás (Hrsg), A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal 947. Naturalersatz ist unter dem Zivilgesetzbuch 1959 wie auch unter dem Zivilgesetzbuch 2013 möglich: Zivilgesetzbuch 1959 § 355 (2); Zivilgesetzbuch 2013 § 6:527 (1).

III. Unterlassungsansprüche

Das Zivilgesetzbuch 1959, wie auch das Zivilgesetzbuch 2013, sieht für die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen klare Regeln vor. Wenn jemand eine unmittelbare Gefährdung verursacht, kann die gefährdete Person vom Gericht verlangen, dass es der Person, von der die Gefahr ausgeht, die Fortsetzung ihres Verhaltens untersagt und/oder anordnet, dass sie ausreichende vorbeugende Maßnahmen trifft, und falls nötig eine Garantie leistet[39]. Obwohl die drohende Gefahr rechtswidrig sein muss, damit eine solche Entscheidung erlangt werden kann, ist Fehlverhalten keine Voraussetzung für die Ausübung dieses Rechts der gefährdeten Person, da das Hauptziel der Vorschrift die Prävention des Schadenseintritts ist und nicht die Verhängung einer Sanktion gegen den Täter[40]. Zurechnungsfähigkeit ist ebenso keine Voraussetzung einer solchen Unterlassungsverfügung. So muss man trotz des Fehlens publizierter einschlägiger Literatur zum Schluss gelangen, dass Deliktsunfähigkeit auf Seiten der Partei, welche die Person oder die Sachen eines anderen gefährdet, bei der Erlassung einer solchen Verfügung irrelevant ist. Unterlassungsverfügungen können auch gegen solche Personen ergehen. Ansprüche auf solche Unterlassungsverfügungen finden sich auch in der Spezialgesetzgebung zum Schutz geistigen Eigentums, im Wettbewerbsrecht und im Verbraucherschutz. **4/25**

IV. Notwehrrechte

Notwehr gilt als rechtmäßiges Handeln und bietet deshalb keine Grundlage für die Zuerkennung von Schadenersatz. Ein Schaden, der einem Angreifer zugefügt wird, um einen rechtswidrigen Angriff oder die Gefahr eines direkten rechtswidrigen Angriffs zu verhindern, ist nicht zu ersetzen, sofern der Angegriffene zur Abwehr des Angriffs nicht unangemessene Mittel verwendet hat[41]. Im Vergleich **4/26**

39 Zivilgesetzbuch 1959 § 341 (1). Gemäß § 6:523 des Zivilgesetzbuchs 2013 kann im Fall eines drohenden Schadens der Gefährdete vom Gericht verlangen, dass je nach den Umständen des Falles der Person, die Schaden zuzufügen droht, untersagt wird, ihr gefährliches Verhalten fortzusetzen, dass sie verpflichtet wird, vorbeugende Maßnahmen zu treffen, oder dass sie verpflichtet wird, Sicherheit zu leisten.

40 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 371.

41 Zivilgesetzbuch 1959 § 343. Ebenso wie das Zivilgesetzbuch 1959 sieht auch das Zivilgesetzbuch 2013 bei der Beschreibung der Rechtswidrigkeit vor, dass jede Rechtsverletzung, die Schaden verursacht, als rechtswidrig zu betrachten ist, außer sie wurde einem Angreifer im Zuge der Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs oder der Drohung eines unmittelbar bevorstehenden rechtswidrigen Angriffs zugefügt, und hat das zur Abwehr erforderliche Maß nicht überschritten; Zivilgesetzbuch 2013 § 6:520.

zu Unterlassungsansprüchen hat die Notwehrregel zur Voraussetzung, dass die Partei, welche ihre Person oder ihr Eigentum verteidigt, dem Angreifer Schaden zufügt, während der Anspruch auf ein Unterlassungsurteil solche Umstände nicht erfordert. Deshalb ist es notwendig, die Lage des Angreifers und die des Verteidigers gegeneinander abzuwägen. Das anzuwendende Maß ist freilich nicht ganz klar. Die einschlägige Bestimmung des Zivilgesetzbuchs 1959 verlangt eine Beurteilung durch das Gericht, ob die Abwehrmaßnahme das Maß überschritten hat, das erforderlich war, das bedrohte Rechtsgut zu schützen. Das bedeutet nicht zwangsläufig eine Abwägung der geschützten Interessen. Eine solche erscheint jedoch unvermeidbar, denn die Bestimmung des notwendigen Maßes der Verteidigung erfordert oder impliziert eine moralische Bewertung, die nicht ohne Festsetzung von Prioritäten erfolgen kann. Das Problem moralischer Bewertung und der Rangordnung von Interessen kann in Fällen und Problemerörterungen auftreten, in denen es darum geht, ob ein Eigentümer seine Sachen durch Todesfallen gegen Diebstahl schützen darf. Dieses heiß umstrittene Problem involviert die Frage, wie das Interesse am Eigentumsschutz gegenüber dem Schutz von Leben, Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit abgewogen werden kann. Die Judikatur hat nicht anerkannt, dass die Tötung eines Diebs durch solche Fallen, zB durch Einleiten von elektrischem Strom in einen Zaun, eine rechtmäßige Handlung sein kann[42]. Für die Gerichte war sicher der Umstand wichtig, dass das Leben ein höherrangiges und daher stärker geschütztes Rechtsgut ist als das Eigentum. Das Notwehrproblem stellt allerdings auch die Frage nach dem staatlichen Rechtsdurchsetzungsmonopol. Wenn der Staat dieses Monopol behalten will, müssen Gerichte zögern, Notwehr anzuerkennen, wenn diese nicht unvermeidlich ist. Daher ist es schwierig zu bestimmen, ob die rechtspolitischen Erwägungen, die dem restriktiven Verhalten der Gerichte zugrunde liegen, auf einer Rangordnung geschützter Interessen, auf der Bewahrung des staatlichen Rechtsdurchsetzungsmonopols oder auf beiden Aspekten beruhen.

V. Beseitigungsansprüche

4/27 Auf Grund des Ansatzes, der dem Zivilgesetzbuch zugrunde liegt, wonach ein vom Recht geforderter Zustand durchzusetzen ist, spielen Beseitigungsansprüche eine wichtige Rolle, nicht nur im Sanktionensystem des Zivilgesetzbuchs, sondern auch als Teil anderer gesetzlicher Regelungen im Privatrecht. Beseitigungsansprüche werden als Obligationen definiert, die der beeinträchtigenden Partei

42 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Bf. I. 1539/1998. sz. BH 2000. Nr 97.

auferlegt werden, und sie zu einem aktiven Handeln veranlassen, dh die Quelle der Beeinträchtigung zu beseitigen. Solche Sanktionen sind ein wichtiger Teil des Schutzsystems für Personen und geistiges Eigentum. Ihr Charakteristikum besteht im Gegensatz zu Schadenersatz darin, dass sie objektiver Natur sind, also einer beeinträchtigenden Person auch ohne deren Verschulden auferlegt werden können[43]. Die einzige Voraussetzung einer solchen Verfügung ist die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung geschützter Rechte des Klägers.

VI. Eingriffskondiktionen

Die Beziehung zwischen Haftung und ungerechtfertigter Bereicherung[44] ist ein sehr schwieriges Problem des Obligationenrechts. Auf den ersten Blick mögen nicht allzu viele Gemeinsamkeiten von Schadenersatz und Bereicherung ins Auge fallen. Es kommt jedoch relativ häufig vor, dass Gewinnentgang auf Seiten des Opfers eines Fehlverhaltens auch als Vorteilserlangung durch den Täter zum Nachteil des Opfers beschrieben werden kann. Derart können dieselben Umstände sowohl die Grundlage für einen Schadenersatzanspruch wie auch für einen Bereicherungsanspruch bilden. Wegen dieses engen Zusammenhanges wurde vor dem Zweiten Weltkrieg in der ungarischen Judikatur eine sehr enge Beziehung zwischen Schadenshaftung und Bereicherung gesehen. Es wurde entschieden, dass die Rückgabe der Bereicherung eine Art Minimalschadenersatz darstellte, der automatisch zuerkannt werden konnte, auch wenn kein direkter Anspruch diesbezüglich erhoben wurde, wenn der Beklagte Gewinn zum Nachteil des Klägers erlangte und dieser Schadenersatz begehrte, jedoch die Haftung des Beklagten mangels Verschuldens nicht begründet werden konnte, allerdings die Voraussetzungen für Rückgabe der Bereicherung vorlagen[45]. Heute ist in der ungarischen Judikatur herrschende Auffassung, dass Rückgabe der Bereicherung nur eine subsidiäre Sanktion sein kann, doch es bleibt unklar, was dieses Prinzip bedeutet. Oft berufen sich Gerichte einfach auf dieses Prinzip, um einen Anspruch abzuweisen, und sie tun dies zumeist, wenn zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis besteht[46]. Der subsidiäre Charakter der ungerechtfertigten Bereicherung soll nach Auffassung der Gerichte bewirken, dass eine Restitution ausgeschlossen ist, wenn es eine Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch gibt[47]. Das dürfte ein 4/28

43 Zivilgesetzbuch 1959 § 84 (1).
44 Zivilgesetzbuch 1959 §§ 361 ff; Zivilgesetzbuch 2013 §§ 6:579 ff.
45 *Személyi* in: K. Szladits, A Magyar Magánjog. Kötelmi jog különös rész (1942) 747 ff.
46 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VI. 22.261/1993. sz. BH 1996. Nr 93.
47 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VIII. 20.051/2009. sz. BH 2009. Nr 296.

Missverständnis der Rechtsnatur und Rolle der Restitution und eine unzulässige Vereinfachung des subsidiären Charakters der ungerechtfertigten Bereicherung sein. In Fällen, in denen der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auch als Schadenersatzanspruch formuliert werden könnte, ist die Abweisung des Restitutionsanspruchs mit der Begründung, dass der Kläger stattdessen einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen hätte sollen, ganz deutlich eine ungerechte, unbegründete und unhaltbare Praxis.

4/29 Die Vorschriften des Zivilgesetzbuchs 1959 betreffend die ungerechtfertigte Bereicherung räumten dem Bereicherten nur einen sehr schmalen Weg ein, um der Verpflichtung zur Rückgabe der Bereicherung zu entgehen: Wenn er den erlangten Vorteil wieder verloren hatte, bevor er von ihm herausverlangt wurde, war er zur Herausgabe nicht verpflichtet, es sei denn, die mögliche Herausgabeverpflichtung bezüglich des Vorteils war unmittelbar erkennbar, und er konnte für den Verlust des Vorteils zur Verantwortung gezogen werden, oder der Vorteil war schlechtgläubig erlangt worden. Wenn eine Person, der die Herausgabe irgendwelcher Vorteile geschuldet war, solche Vorteile selbst durch rechtswidriges oder sittenwidriges Verhalten geschaffen hatte, war das Gericht berechtigt, auf Antrag des öffentlichen Anklägers die Vermögensvorteile an den Staat zu übertragen. Das Zivilgesetzbuch 2013 hat die Befreiung wegen veränderter Umstände beibehalten[48], nicht jedoch die Möglichkeit der Verpflichtung zur Herausgabe an den Staat. Nach dem Zivilgesetzbuch 2013 kann diese Sanktion nicht mehr angewendet werden.

4/30 Es kommt vor, und es ist in manchen Situationen geradezu typisch, dass der vom Täter unrechtmäßig erlangte Vorteil den Verlust übersteigt, den das Opfer erlitten hat. In solchen Fällen hat die Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz keine Präventivwirkung, denn es ist für den Täter günstig, den Vorteil auf Kosten der Ersatzzahlung »zu kaufen«. Wenn in einem Rechtssystem kein Strafschadenersatz zugesprochen werden kann, könnte es für diese Fälle eine gute Lösung darstellen, den Vorteil auf der Basis ungerechtfertigter Bereicherung zum Opfer zu verschieben. Das war die Idee, die hinter der Einführung einer solchen Lösung im Zivilgesetzbuch 2013 stand, wo sie als spezielle Folge für rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten vorgesehen ist. Nach dieser Vorschrift hat dann, wenn jemand rechtswidrig die Persönlichkeitsrechte eines anderen beeinträchtigt, das Opfer das Recht, den vom Täter als Ergebnis seines Fehlverhaltens erlangten Vorteil nach den Bestimmungen für die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung zu verlangen. Verschulden ist keine Voraussetzung für einen solchen Anspruch[49]. Die Bestimmung verweist ausdrücklich auf die Anwendung der Vorschriften für die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Haupterwägung war das Anliegen, einen Rechtsbehelf gegen die Presse in Fällen rechtswid-

48 Zivilgesetzbuch 1959 § 361 (2); Zivilgesetzbuch 2013 § 6:579 (2).
49 Zivilgesetzbuch 2013 § 2:51 (1)(e).

riger Beeinträchtigung der Privatsphäre oder des guten Rufes zur Verfügung zu stellen, und Herausgeber daran zu hindern, Gewinn aus der Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte von Mitgliedern der Gesellschaft zu ziehen. Diese Sanktion der Restitution, die ähnlichen Modellen der Sanktionierung rechtswidriger Beeinträchtigung von geistigem Eigentum nachgebildet ist, wird als objektive (oder strikte) Maßnahme angewendet, dh der Kläger hat einen Herausgabeanspruch selbst dann, wenn den Beklagten an der rechtswidrigen Beeinträchtigung kein Verschulden trifft. Eine ähnliche Lösung findet im ungarischen Rechtssystem auch für Rechte an geistigem Eigentum und im Wettbewerbsrecht Anwendung[50]. Schadenersatz (Haftung) scheint auch dann keinen angemessenen Rechtsbehelf zu bieten, wenn Vorstandsmitglieder ihre Loyalitätspflicht gegenüber der Gesellschaft verletzen, indem sie eine Gewinnmöglichkeit (nämlich durch Abschluss eines Geschäfts im eigenen Namen zu ihrem eigenen Vorteil) ausnützen. Es ist nicht zu dulden, dass Vorstandsmitglieder ihre Loyalitätspflicht ohne Konsequenzen verletzen könnten, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist (etwa wegen beschränkter Finanzmittel), die Gewinnmöglichkeit wahrzunehmen. In solchen Fällen bestünde der passende Rechtsbehelf darin, der Gesellschaft einen Herausgabeanspruch auf den Gewinn zu gewähren, den das Vorstandsmitglied als ungerechtfertigte Bereicherung erlangt hat.

Die Vorschrift über ungerechtfertigte Bereicherung verlangt, dass die zur **4/31**
Rückerstattung verpflichtete Partei den Vorteil zum Nachteil des Klägers erzielt hat (des Eigentümers oder der sonst berechtigten Person). Das setzt jedoch nicht zwangsläufig voraus, dass derselbe Vorteil auch vom Berechtigten erzielt hätte werden können. Es genügt, dass der Bereicherte die Möglichkeit der Nutzung des Vermögenswertes nicht durch Erwerb (»Kauf«) des Rechtstitels vom Berechtigten erlangt hat. Das trifft auch zu, wenn ungerechtfertigte Bereicherung nicht durch den Gebrauch von Gütern oder anderen Möglichkeiten ohne Berechtigung erfolgt ist, sondern im Zusammenhang mit einer Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten.

Der Ansatz, die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung und die Haftung **4/32**
für Schadenersatz als komplementäre Ansprüche in einem kohärenten System von Rechtsbehelfen zur Verwirklichung ausgleichender Gerechtigkeit zu betrachten, kann ein System bilden, das auch das geeignete Instrument zur Durchsetzung des Privatrechts bieten kann.

50 Gesetz Nr LVII aus 1996 über das Verbot von unlauterem Wettbewerb und Kartellbildung § 86 (3). Gesetz Nr LXXVI aus 1999 über Urheberrecht § 94 (1) (e).

VII. Gläubigeranfechtung

4/33 Die *actio Pauliana* dient im ungarischen Privatrecht der Beseitigung der Wirksamkeit des Vertrages, oder genauer gesagt, der Wirksamkeit der Übertragung von Vermögenswerten, wenn der Erwerber des Eigentums oder anderer Rechte schlechtgläubig gehandelt oder aus dem Vertrag einen unentgeltlichen Vorteil erlangt hat. Die Folge einer solchen Abwicklung ist, dass der Erwerber von Eigentum oder anderen übertragbaren Rechten dulden muss, dass der Gläubiger des Übertragenden auf den übertragenen Vermögenswert zugreift, um seinen Anspruch zu befriedigen. Die Wechselbeziehung dieser Regel mit dem Schadenersatzrecht ist bisher nicht untersucht worden. Die Verantwortlichkeit oder das Verschulden des Übertragenden ist unerheblich, da die Qualifikation als Schlechtgläubigkeit verschuldensunabhängig ist. Die Feststellung von Schlechtgläubigkeit impliziert jedoch eine Verletzung des geforderten Verhaltensmaßstabs, die zwangsläufig im Rahmen von Haftung Verschulden darstellt. Der Erwerber war schlechtgläubig, wenn er wusste oder wissen musste, dass die Transaktion dem Gläubiger des Übertragenden die Deckung seines Anspruchs entzog. Ob der Erwerber hätte wissen müssen, dass die Transaktion dem Gläubiger des Übertragenden Deckung entzieht, wird nach dem geforderten Verhaltensmaßstab beurteilt. Das Zusammenspiel mit dem Insolvenzrecht wurde durch die Praxis der Gerichte so geregelt, dass der Liquidation als Sonderregelung (lex specialis) Vorrang eingeräumt wurde. Ein Gläubiger, der seine Forderung gegen den Übertragenden erfolgreich mittels »actio Pauliana« geltend gemacht hat, ist verpflichtet, dieses Geld in die Konkursmasse einzubringen, damit die Forderungen der Gläubiger nach Konkursrecht befriedigt werden[51]. Die Lehre schweigt jedoch zu jenem Fall, in dem ein Gläubiger seinen Anspruch gegen den Übertragenden erfolgreich vor der Einleitung des Insolvenzverfahrens durchgesetzt hat.

4/34 Die Haftung des Leistungsempfängers kann in Betracht kommen, wenn er die Sache (oder das übertragbare Recht) an eine Person weitergegeben hat, die nicht schlechtgläubig war und ihr Recht entgeltlich erworben hat[52].

51 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VII. 21.659/2008. sz. BH 2009. Nr 178.

52 Weitere Erwerber, die den Vermögenswert schlechtgläubig oder ohne Gegenleistung erlangen, unterliegen der Anwendung der »actio Pauliana«. Diese Rückverfolgung wird in der Judikatur des Obersten Gerichts ausdrücklich durch die Entscheidung Nr 1/2011 (VI.15) verfügt. Oberstes Gericht, Richtlinie PK Nr 9.

VIII. Schadenersatzansprüche

Das ungarische Schadenersatzrecht beruht auf der Auffassung, dass dem Schadenersatz eine Ausgleichsfunktion zukommt. Das bedeutet, dass grundsätzlich das Opfer so gestellt werden soll, als ob der Schaden nie eingetreten wäre. Der Geschädigte soll sich nicht in einer schlechteren Lage befinden als vor dem Schadenseintritt. Das ist der Zweck von Schadenersatz. Andererseits soll der Geschädigte auch nicht in einer besseren Lage sein, denn das würde heißen, dass er eine Leistung ohne Rechtstitel erhalten hat und zum Nachteil des Schädigers bereichert ist. Es ist ein allgemein anerkanntes Prinzip, dass der Geschädigte daran gehindert werden soll, aus seinem eigenen Schaden Gewinn zu ziehen. Das wird allerdings im Zivilgesetzbuch nicht ausdrücklich bestimmt, obwohl es deutlich aus dem Schadensbegriff folgt, dh dass Schaden den tatsächlichen Verlust, den entgangenen Gewinn und die Kosten der Prävention und der Schadensvermeidung umfasst, sowie aus den Bestimmungen über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Nach diesem Prinzip muss bei der Berechnung des Schadenersatzes, der zuerkannt werden soll, der Betrag um die Summe reduziert werden, die das Opfer auf Grund des Schadens verdient oder erspart hat, wie etwa Zahlungen unter dem staatlichen Krankenversicherungssystem[53], oder um einen Wertzuwachs, der im Vermögen des Opfers auf Grund des schädigenden Ereignisses eingetreten ist. Entsprechend dem Prinzip vollen Schadensausgleichs soll der Kläger jeden erlittenen Verlust ersetzt erhalten, darf jedoch nicht mehr erlangen[54]. **4/35**

Dieses Prinzip entspricht der Struktur und den rechtspolitischen Grundlagen des Privatrechts, doch in bestimmten Fällen ist es unmöglich, die genaue Summe zu bestimmen, die den angemessenen Ausgleich des erlittenen Schadens bewirken könnte. Das betrifft künftige Verluste, immateriellen Schaden oder Fälle, in denen es aus anderen Gründen nicht möglich ist, den Wert des erlittenen Schadens zu bestimmen. Allerdings sollte auch in solchen Fällen das Prinzip vollen Schadensausgleichs und des Verbots, aus dem Schaden Gewinn zu ziehen, aufrechterhalten werden. Wenn das Problem darin besteht, dass der Schaden nicht feststellbar ist, weil der Betrag nicht berechnet werden kann, etwa weil er sich erst in der Zukunft ergeben wird oder ein exakter Beweis aus anderen Gründen nicht möglich ist, mag eine pauschale Schadensschätzung eine annehmbare Lösung sein. Das Gericht wird Schadenersatz zusprechen, der nach seiner Überzeugung geeignet ist, Schadensausgleich zu bewirken. Ein solcher pauschaler Schadenersatz ist zuzuerkennen, **4/36**

53 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.244/2002/3. sz. EBH 2002. Nr 695; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.744/2006. sz. BH 2007. Nr 354; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.697/2006. sz. BH 2007. Nr 274.

54 *G. Gellért,* A Polgári Törvénykönyv Magyarázata (2007). Bemerkungen zu § 355 (4) Zivilgesetzbuch 1959.

wenn das Ausmaß des Schadens nicht genau berechnet werden kann. In solchen Fällen kann die für die Verursachung des Schadens verantwortliche Person vom Gericht angewiesen werden, eine Pauschalsumme zu zahlen, die ausreichen würde, dem Opfer vollen finanziellen Ausgleich zu verschaffen[55].

4/37 Wenn der Schaden wegen seines immateriellen Charakters nicht bemessen werden kann, ist die Schadensbestimmung nicht möglich: etwas in Geld auszudrücken, das wegen seines moralischen Werts auf dem Markt nicht verkauft werden kann, ist ein Widerspruch. Es gibt starke Argumente dafür, dass man im Zusammenhang mit dem Ersatz von immateriellem Schaden nicht von Schaden sprechen kann, und was als Ausgleich gezahlt werden muss, nicht Schadenersatz in der traditionellen Bedeutung dieses Wortes sein kann. Der theoretische Ansatzpunkt dieses Gedankens, dem auch die Gerichte folgen[56], liegt darin, dass die Zuerkennung von Ersatz für immateriellen Schaden eine spezielle Sanktion für unrechtmäßige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten darstellt. Deshalb wird Schaden als Voraussetzung der Haftung im Zusammenhang mit immateriellen Schäden durch Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten ersetzt. Der Geschädigte soll das Recht auf Schadenersatz ohne den Nachweis eines tatsächlichen Schadens, von Kosten oder Verlust im traditionellen Wortsinn haben[57]. Das war der Ausgangspunkt des Gesetzgebers für die Abschaffung von Schadenersatz für immateriellen Schaden und dessen Ersetzung durch direkten Ausgleich für Schmerzen und Leid als spezielle Sanktion für rechtswidrige Beeinträchtigung von fundamentalen Persönlichkeitsrechten. Der Gedanke hinter dieser Änderung, der sich von Anfang an anbot, war jener, dass die Zuerkennung von Ersatz für immateriellen Schaden eine spezielle Sanktion für rechtswidrige Beeinträchtigung von fundamentalen Persönlichkeitsrechten darstellte, und dass ihre Ersetzung durch diese Art direkten Ausgleichs zu einem klareren System führen würde, ohne die begriffliche Widersprüchlichkeit, die einen Schaden als Voraussetzung für Haftung fordert, um einen Verlust auszugleichen, der nicht in Geld ausgedrückt und bemessen werden kann.

IX. Strafschadenersatz?

4/38 Wenn der Vorteil, der aus einer Missachtung der gebotenen Sorgfalt gewonnen werden kann, höher ist, als der Schadenersatz, der als Folge des Fehlverhaltens

55 Zivilgesetzbuch 1959 § 359 (1); Zivilgesetzbuch 2013 § 6:531.

56 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 26.339/2001. sz. EBH 2003. Nr 941.

57 *T. Lábady,* A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata (1992) 31. Siehe auch *F. Petrik,* Kártérítési jog (2002) 74.

gezahlt werden muss, ist es für den Täter günstig, Schaden zu verursachen. In einem solchen Fall hat die Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz keine Präventivwirkung. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Täter hohen Gewinn daraus ziehen kann, dass er einer großen Zahl von Personen jeweils einen geringen Schaden zufügt. In einem solchen Fall ist das Risiko der Entdeckung gering, und ebenso ist die Wahrscheinlichkeit minimal, dass ein Opfer zu Gericht geht. Das Schadenersatzrecht wird also nicht in der Lage sein, das Verhalten potentieller Täter zu beeinflussen. Diese Situationen zeigen seine Schwächen auf. Man kann argumentieren, dass für solche Fälle die Schaffung von Anreizen für die Opfer, sich an das Gericht zu wenden, die Durchsetzung des Privatrechts fördern könnte. Wenn solche Maßnahmen mit öffentlichrechtlichen Elementen verbunden werden, kann die Rechtsdurchsetzung wirksam sein. Das Problem stellt sich vor allem im Wettbewerbsrecht und beim Verbraucherschutz. Einige Rechtsordnungen lösen es durch die Zuerkennung von Strafschadenersatz. Wo das Rechtssystem dies akzeptiert, sprechen Gerichte Strafschadenersatz zu, um den Täter dort zu strafen, wo kompensatorischer Schadenersatz keine Abschreckung und keine ausreichende Prävention zu bewirken scheint. Strafschadenersatz ist zusätzlich zum kompensatorischen Schadenersatz zu leisten und wird dem Kläger zuerkannt, um den Beklagten zu bestrafen[58]. Der Charakter des Strafschadenersatzes ist *akzessorisch,* da er normalerweise bei einem Delikt auferlegt wird, bei dem zur Haftung des Beklagten *erschwerende Umstände* vorliegen, wie vorsätzliches oder grob fahrlässiges Fehlverhalten[59]. Strafschadenersatz hat den Zweck, das Fehlverhalten für den Täter teurer zu machen als seine Vermeidung, und er erzeugt Anreize zur Prävention schädigenden Verhaltens. Strafschadenersatz kann deshalb als wichtiges Element der Funktion des Schadenersatzrechts betrachtet werden, eine gesellschaftliche Verhaltenssteuerung vorzunehmen. In der ungarischen Rechtstheorie bewerten einige Kommentatoren den Strafschadenersatz als direkte und ehrliche Form des Ersatzes immateriellen Schadens, einschließlich der Entschädigung, die im Zivilgesetzbuch 2013 an die Stelle des Ersatzes von immateriellem Schaden tritt[60]. Das ist freilich ein Missverständnis. Ersatz immateriellen Schadens oder Entschädigung für Schmerzen und Leid oder andere Verletzungen von Persönlichkeitsrechten kann auch als Instrument für die Verschaffung von Genugtuung sein[61], doch das heißt nicht, dass diese eine Bestrafung einschließen würde.

58 *R. Cooter/T. Ulen,* Law and Economics (2007) 394.

59 *P. Müller,* Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht (2000) 9.

60 *T. Lábady,* Az eszmei és büntető kártérítés a common law-ban, Állam- és Jogtudomány 1994, Nr 1-2, 69 ff.

61 *Lábady,* A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata 22. *Görög,* Egyetemes eszmei kártérítési alapok, Jogtudományi Közlöny 2004, Nr 5, 191. *M. Görög,* Immaterieller Schadenersatz oder Schmerzensgeld? in: E. Balogh/A. Hegedűs/P. Mezei/Z. Szomora/J. Traser (Hrsg), Legal Transitions. Development of Law in Formerly Socialist States and the Challenges of the European

4/39 Ersatz für immateriellen Schaden hat primär kompensatorischen Charakter[62], schließt jedoch eine Wiedergutmachung mit ein, die allgemein dazu dient, rechtswidrigem Verhalten in Zukunft vorzubeugen und Beeinträchtigungen von Menschenwürde in der Gesellschaft hintanzuhalten[63]. Diese Funktion, über den Schadensausgleich hinaus Entschädigung zu bieten, wurde in einer oberstgerichtlichen Entscheidung betont, die einem im Koma befindlichen Kläger Ersatz immateriellen Schadens zusprach. Das Gericht stellte fest, dass das Opfer Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens habe, selbst wenn es sich im Koma befand und dadurch nicht in der Lage war, irgendeine Wiedergutmachung immateriellen Schadens zu genießen[64]. Die neue Form einer Entschädigung als besondere Sanktion für rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten, die im Zivilgesetzbuch 2013 an die Stelle von Ersatz immateriellen Schadens tritt, wird die Funktionen von Ersatz immateriellen Schadens nicht ändern. Der Gedanke hinter der Einführung einer Entschädigung anstelle von Ersatz immateriellen Schadens war die Entlastung des Klägers vom Nachweis, dass er durch rechtswidriges Verhalten des Beklagten eine Art von Schaden erlitten hat, und das Bestreben, seinen Zugang zur Schadloshaltung zu erleichtern. Diese Veränderung würde jedoch im Hinblick auf ihre rechtspolitische Orientierung die Sanktion nicht ihrer kompensatorischen Funktion entkleiden, obgleich es unvermeidlich zu einer Betonung ihrer Repressivfunktion kommen mag.

4/40 Der Schadensbegriff ist eng mit dem Begriff des Schadenersatzes verknüpft. Ersatz muss für jede Wertminderung einer Sache geleistet werden, die der geschädigten Person gehört, und für jeden Vermögensvorteil, der ihr durch das Verhalten des Täters entgangen ist, sowie für alle Kosten, die für die Minderung oder Beseitigung der materiellen und immateriellen Schäden aufzuwenden waren, die vom Opfer erlitten wurden. Diese Bestimmungen verlangen nicht nur vollen Schadensausgleich, sondern setzen auch Haftungsgrenzen, indem sie Schadenersatz als Kompensation ersatzfähiger Schäden definieren. Somit kann nach ungarischem Schadenersatzrecht keine Form von Strafschadenersatz zugesprochen werden. Strafschadenersatz wäre nicht zwangsläufig mit dem theoretischen und verfassungsrechtlichen Rahmen sowie den rechtspolitischen Grundlagen des Schadenersatzrechts unvereinbar. Es bestehen jedoch bestimmte Axiome, vor allem

---

Union – Rechtsentwicklung in den ehemaligen sozialistischen Staaten und die Herausforderung der Europäischen Union (2007) 297.

62 Verfassungsgericht der Republik Ungarn 34/1992. (VI.1.) AB hat.

63 *Lábady,* A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata 40.

64 Oberstes Gericht, P. törv. III. 20.703/1989. sz. BH 1990. Nr 15. Die Ausgleichsfunktion wurde jedoch in einer anderen Entscheidung betont, in welcher das Oberste Gericht die Repressions- und Präventivfunktion der Ersatzleistung für immaterielle Schäden der Ausgleichsfunktion zivilrechtlicher Haftung untergeordnet hat. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. IV. 20.419/2006. sz. BH 2006. Nr 318. EBH 2006. Nr 1398.

das axiomatische Prinzip, nach dem es einem Opfer verwehrt ist, aus seinem Schaden Gewinn zu ziehen, die eine Quelle von Widersprüchen bilden könnten, wenn man irgendeine Art von Strafzahlungen in das ungarische Schadenersatzrecht einführen wollte. Es scheint, dass der Gesetzgeber und Rechtstheoretiker sich scheuen, im Privatrecht die Existenz von Sanktionen zu akzeptieren, die strafrechtlichen Charakter tragen. Die Hauptursache dieser Scheu könnte darin liegen, dass Sanktionen dieser Art im bestehenden Privatrecht (öffentliches Bußgeld und Abschöpfung zugunsten des Staates) nicht gut funktioniert haben, und ihre Existenz als Überrest sozialistischer Staatseingriffe in Privatrechtsbeziehungen gesehen wird, obgleich diese Sicht nicht richtig sein mag.

Obwohl Strafschadenersatz, als eine Form von Bereicherung, nicht ungerechtfertigt sein kann, da er vom Gericht (vom Staat) zugesprochen wird und deshalb nicht als ungerechtfertigte Bereicherung gelten kann, wäre er begrifflich mit diesem Prinzip nicht vereinbar. Die Anerkennung von Strafschadenersatz würde zwangsläufig zu begrifflicher Widersprüchlichkeit im ungarischen Schadenersatzrecht führen. Diese Widersprüchlichkeit könnte vermieden werden, wenn Strafschadenersatz nicht an den Kläger, sondern an eine öffentliche Institution für einen öffentlichen Zweck zu zahlen wäre[65]. Eine solche Struktur könnte jedoch einen der Hauptvorzüge des Strafschadenersatzes preisgeben, nämlich private Anreize zur Unterdrückung von Fehlverhalten in der Gesellschaft zu erzeugen, und könnte die Gründe für das Bestehen eines solchen Schadenersatzsystems in Frage stellen. Ungarische Erfahrungen mit der öffentlichen Geldbuße würden nahelegen, dass dies eine echte Möglichkeit darstellt. Wie wir jedoch gesehen haben, kann private Rechtsdurchsetzung, wenn erforderlich, auch mit Bereicherungsansprüchen verstärkt werden. Es gibt also keine Notwendigkeit, Struktur und Rahmen des Privatrechts aufzubrechen, um die Effizienz zu steigern. Diese Denkweise ist auch mit dem Erfordernis zweiseitiger Rechtfertigung vereinbar. **4/41**

Es scheint jedoch, dass dann, wenn das Schadenersatzsystem durch Bereicherungsansprüche oder andere Theorien von Gewinnabschöpfung bezüglich jener Vorteile, die der Täter durch Fehlverhalten erlangt hat, ergänzt und mit diesen als kohärentes System dargestellt wird, die Rechtsordnung den nötigen Abschreckungs- und Präventionseffekt auch ohne die Einführung von Strafschadenersatz erzielen kann. So kann Effizienz im Privatrecht auch trotz Beibehaltung des traditionellen theoretischen Rahmens gesteigert werden. Um dieses Ergebnis zu erreichen, sollte in der ungarischen Rechtstheorie das Prinzip der Subsidiarität des Bereicherungsrechts im Zusammenhang mit dem Schadenersatzrecht neu überlegt werden. **4/42**

65 In einigen Staaten der USA sind solche Lösungen eingeführt worden (state sharing Acts). *D. Brockmeier,* Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public (1999) 16.

X. Versicherungsvertragsrecht

4/43 Versicherung spielt auch in der ungarischen Gesellschaft und Wirtschaft eine zunehmend wichtige Rolle bei der Risikozuweisung. Einer der größten Vorzüge der Versicherung liegt vielleicht darin, dass sie Risiko nicht nur verlagert, sondern auch unter den Mitgliedern jener Gruppe in der Gesellschaft streut, die demselben Risiko ausgesetzt sind. Da das Versicherungsunternehmen auf Grund einer Legalzession[66] ein Rückgriffsrecht gegen die Person hat, die für den durch die Versicherungsleistung ersetzten Schaden verantwortlich ist, kann die Präventivwirkung des Haftungssystems aufrechterhalten werden. In einem solchen System wird die Abschreckungsfunktion des Schadenersatzrechts durch die Versicherung nicht beseitigt oder wesentlich behindert. Eine negative Auswirkung der Versicherung auf den Präventionseffekt des Schadenersatzrechts ist nicht einmal zwangsläufig in jenen Fällen zu bemerken, in denen das Rückgriffsrecht nicht durchgesetzt werden kann. Haftpflichtversicherungen werden oft mit Risikoträgern abgeschlossen, die vielfach nicht die effektiven Täter sind, wie Kraftfahrzeughalter oder Dienstgeber. Was die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung betrifft, setzen sich potentielle Täter auch selbst dem Risiko des Personenschadens aus, wenn sie fahrlässig handeln, und wenn sie einen Verkehrsunfall verursachen, haben sie auch strafrechtliche Verantwortung zu tragen. Es ist sehr zu bezweifeln, dass sie an ihren Versicherungsschutz denken, wenn sie im Straßenverkehr oder bezüglich der Wartung ihres Fahrzeugs Entscheidungen treffen.

XI. Sozialversicherungsrecht

4/44 In der sozialistischen Periode wurde ein umfassendes System der sozialen Sicherung aufgebaut, und dieses funktioniert noch immer, obwohl es – um Anreize für Menschen zu schaffen, so früh wie möglich wieder in den Arbeitsprozess einzutreten – nur einen Teilersatz für Verdienstentgang gewährt. Wenn der vom Opfer erlittene Personenschaden aus dem Sozialbudget teilweise kompensiert worden

66 Eine solche Legalzession ist im Zivilgesetzbuch 1959 für Eigenschaden- und auch für Haftpflichtversicherungen vorgesehen: Zivilgesetzbuch 1959 § 558 (1) und § 559 (3). Das Zivilgesetzbuch 2013 § 6:468 sieht dieses Recht für Eigenschadenversicherung vor, aber nicht ausdrücklich auch für Haftpflichtversicherung. Es ist noch nicht klar, ob der Regressanspruch als allgemeine Regelung für alle Schadensversicherungen gelten (dieser Auslegung wäre der Vorzug zu geben) oder auf Eigenschadenversicherung beschränkt sein soll. Da solche Rechte im Fall der Haftpflichtversicherung auch im Versicherungsvertrag als Anspruch des Versicherungsunternehmens gegen den Versicherten vorgesehen werden können, mag in diesem Zusammenhang eine gesetzliche Regelung weniger wichtig sein.

ist, reduzieren die Gerichte den Schadenersatz, der ihm zugesprochen wird, auf Grund des Verbots, aus Schaden Gewinn zu ziehen. Das Prinzip voller Entschädigung bedeutet, dass der zugesprochene Ersatz im Hinblick auf bereits erfolgte Schadensgutmachung aus anderen Quellen (Zahlungen aus staatlicher Krankenversicherung, Invaliditätspensionen, anderen Einkünften auf Grund des Schadens) reduziert wird[67]. In diesem Sinn ergänzen einander Sozialversicherungsrecht und Schadenersatzrecht.

Im Allgemeinen wird das Regressrecht unter dem staatlich finanzierten Krankenversicherungssystem durch die Bestimmungen des Gesetzes Nr LXXXIII aus 1997 über die Leistungen des Pflichtkrankenversicherungssystems geregelt. Diese Regelung sieht ein Rückgriffsrecht bezüglich der Leistungen vor, die aus dem Staatlichen Krankenversicherungsfonds bezahlt werden. Im Allgemeinen ist der für Krankheit, Verlust der Arbeitsfähigkeit, Verletzung oder Tod des Versicherten verantwortliche Täter verpflichtet, die auf dieser Grundlage durch den Fonds erbrachte Leistung zu ersetzen, sofern Haftung nach den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts vorliegt. Diese Bestimmung war vermutlich nicht für das Regressrecht in jenen Fällen gedacht, in denen der Patient im Zuge medizinischer Behandlung Schaden erlitten und eine andere Sozialeinrichtung zu seiner Pflege oder seinem Wohlbefinden beigetragen hat. Wenn jedoch die Sozialeinrichtung, welche die Behandlung vornahm, dem staatlichen Krankenversicherungssystem angehört hat, gibt es keinen Grund, die Anwendung dieser Regelung auszuschließen. Wenn die Sozialeinrichtung, die zur Pflege eines Patienten beigetragen hat, nicht dem staatlichen Krankenversicherungssystem angehört hat, sind solche Regressrechte nach allgemeinem Privatrecht zu beurteilen, insbesondere nach Schadenersatz- und Bereicherungsrecht. Wenn die Leistungen unter einer Privatversicherung erbracht wurden, sind die allgemeinen Regeln anzuwenden, die im Zivilgesetzbuch 1959 für den Rückgriff von Privatversicherern aufgestellt sind. **4/45**

XII. Entschädigung von Verbrechens- und Katastrophenopfern

Die Einrichtung und Aufrechterhaltung besonderer Entschädigungssysteme ist eine Frage der Rechtspolitik: es ist eine Entscheidung des Staates, ob er gesellschaftliche Ressourcen für die Entschädigung bestimmter Gruppen von Mitgliedern der **4/46**

67 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.744/2006. sz. BH 2007. Nr 354; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I. 10.332/2000. sz. BH 2002. Nr 77.

Gesellschaft verwenden will, und wenn ja, welche Arten von Risiken auf diese Weise abgedeckt werden sollen. Im Hinblick auf Katastrophen existiert kein allgemeines Entschädigungssystem. In Sondergesetzen für besondere Natur- oder Industriekatastrophen[68] wird eine teilweise Entschädigung vorgesehen, hauptsächlich in der Form des Hausbaus oder der Gewährung finanzieller Unterstützung. In Bezug auf Verbrechensopfer existiert ein im Gesetz Nr CXXX aus 2005 eingerichtetes reguläres Entschädigungssystem zwecks Hilfeleistung an Verbrechensopfer und Milderung ihres Schadens. Nach diesem gesetzlichen Entschädigungssystem haben Personen, die auf Grund eines vorsätzlichen Verbrechens gegen ihr Leben oder ihre Gesundheit eine schwerwiegende Körperverletzung oder den Tod erlitten haben, Anspruch auf Entschädigung aus dem staatlichen Budget. Die Entschädigungsleistung sinkt progressiv zum erlittenen Schaden.

XIII. Abschöpfungsansprüche

4/47 Abschöpfung zugunsten des Staates ist eine Lösung, die Personen unerlaubt erzielte Vorteile entzieht, wenn auf Grund des *ordre public* Restitution nicht zulässig sein soll. Wenn zB ein Vertrag unwirksam ist und eine der Parteien den Vertrag zumindest teilweise erfüllt hat, wird im Allgemeinen die erfüllende Partei Anspruch auf Rückerstattung der Leistung haben. Ein allgemeines Problem des Vertragsrechts (und das gilt auch für das Bereicherungsrecht im Allgemeinen) besteht darin, ob der erfüllenden Partei, deren vertragsgemäßes Verhalten gegen den ordre public, dh gegen das Recht oder die guten Sitten verstoßen hat, die Rückerstattung verweigert werden soll. Im Fall der Rechtswidrigkeit bestehen spezielle rechtspolitische Erwägungen, die gegen die Zulassung der Rückerstattung sprechen. Erstens sollte nach einem traditionellen und allgemeinen Prinzip des Privatrechts niemand aus seinem eigenen Fehlverhalten Vorteil ziehen[69]; zweitens hätte die Zulassung von Restitution keinen Präventionseffekt gegen Verhaltensweisen contra bonos mores, und auch wenn Prävention oder Abschreckung im Allgemeinen nicht zu den rechtspolitischen Grundlagen des Vertrags- oder Bereicherungsrechts zählt, so wird doch weithin anerkannt, dass es erstrebenswert ist, Personen an rechts- oder sittenwidrigem Verhalten zu hindern. Drittens macht es die Durchsetzung von Herausgabeansprüchen nach Erfüllung eines

68 ZB Regierungserlass Nr 252/2010. (X. 21.) über den Ungarischen Entschädigungsfonds, der zwecks Entschädigung von Opfern eines Industrieunfalls 2010 eingerichtet wurde, in dem einige Dörfer in der Nähe von Ajka mit rotem Schlamm überschwemmt wurden. Dabei sind Menschen zu Tode gekommen, haben Verletzungen erlitten und ihre Wohnungen verloren.

69 Nemo auditur suam turpitudinem allegans.

rechtswidrigen Vertrages für die Gerichte notwendig, die Einzelheiten des Falles zu erforschen, um den Rechtsgrund festzustellen, was die Würde des Gerichts beeinträchtigen könnte. Doch auch wenn die Abweisung eines Herausgabeanspruchs in pari delicto die Würde des Gerichts schützen und eine ausreichend abschreckende und präventive Wirkung entfalten könnte, kann ein Ergebnis, das der anderen Partei erlaubt, trotz ihres deliktischen Verhaltens den Vorteil der Erfüllung zu behalten, keineswegs befriedigen. Wenn die Parteien auf Grund ihres zu einem unerlaubten Zweck geschlossenen Vertrages gleichermaßen Verschulden trifft, ist es ein sehr fragwürdiges Ergebnis, dass der Leistungsempfänger den übertragenen Vorteil behalten soll, obwohl er bei Vertragsabschluss ebenso oder noch stärker unrechtmäßig gehandelt hat als der Kläger. Das Ungarische Zivilgesetzbuch aus 1959 hat das Problem durch die Einführung einer neuen Unwirksamkeitssanktion in das ungarische Recht gelöst. Nach dieser neuen, rein repressiven Sanktion war das Gericht berechtigt, eine Leistung, die einer Partei geschuldet wird, die einen Vertrag gegen die guten Sitten abgeschlossen hat, oder welche die andere Partei getäuscht oder rechtswidrig bedroht hat, oder die auf andere Weise betrügerisch vorgegangen ist, dem Staat zuzusprechen[70]. Eine ähnliche Regelung galt für die Abschöpfung ungerechtfertigter Bereicherung zugunsten des Staates nach Bereicherungsrecht[71].

Ein Schwachpunkt dieser Lösung lag in ihren verfahrensrechtlichen Aspekten: Es war überhaupt nicht klar, wie Gerichte den Vorteil dem Staat zuwenden können – in einem Verfahren zwischen zwei Parteien, die eine solche Entscheidung sicher nicht vorschlagen werden. Den Vorteil dem Staat ohne Geltendmachung eines Anspruchs zuzuerkennen, wäre unvereinbar mit der Natur des zivilgerichtlichen Verfahrens. Dieses Verfahrensproblem wurde überwunden, indem der öffentliche Ankläger das Recht erhielt, den Anspruch zu erheben, dem Staat den Vorteil zuzusprechen, der ansonsten dem Entreicherten zuwiesen worden wäre[72]. Nach geltendem Verfahrensrecht ist das Gericht verpflichtet, wenn in einem zivilgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit auftritt, dass eine Entscheidung zugunsten des Staates getroffen wird, von Amts wegen den öffentlichen Ankläger von der Möglichkeit der Anwendung dieser Sanktion zu verständigen, um ihm Gelegenheit zum Eintritt in das Verfahren zu geben. Auf Grund seines Begehrens kann der Vorteil sodann dem Staat zugesprochen werden. Dieses Begehren ist eine prozessuale Voraussetzung für die entsprechende Entscheidung. **4/48**

70 Zivilgesetzbuch 1959 § 237 (4). *S. Beck,* Turpis causa – követelési jog? Jogtudományi Közlöny 1922, Nr 7, 52 f; *T. Almási,* Bemerkungen zu Schuster Rudolf, Magyar Jogászegyleti Értekezések X. 1914, 23.

71 Zivilgesetzbuch 1959 § 361 (3).

72 Zivilgesetzbuch 1959 § 237 (4).

4/49 Das Zivilgesetzbuch 2013[73] hat diese spezielle Sanktion einer Abschöpfung zugunsten des Staates aufgegeben. Hauptargumente dafür waren ihr Strafcharakter, der als unvereinbar mit der Struktur und dem Charakter des Zivilrechts betrachtet wurde, und dass ihre Anwendung auch sehr selten und erfolglos gewesen ist.

XIV. Strafrecht

4/50 Das Strafrecht spielt eine wichtige Rolle im Schutz von Rechten und rechtlichen Interessen von Personen, der eine Aufgabe der Rechtsordnung insgesamt bildet. Es wird oft gesagt, einer der Unterschiede zwischen Strafrecht und Privatrecht bestehe darin, dass der Hauptzweck des Strafrechts Abschreckung sei, während der Hauptzweck des Privatrechts darin bestehe, im Fall rechtswidriger Beeinträchtigung von geschützten Rechten anderer Personen Restitution oder Ersatz zu veranlassen. Diese Ansicht mag auf einer bestimmten Ebene richtig sein, doch letztlich ist das Ziel des Rechts ganz allgemein die Beeinflussung des Verhaltens von Menschen in der Gesellschaft, und das betrifft sowohl Privatrecht wie Strafrecht. Auf dieser Ebene ist der Hauptzweck von Privatrecht und Strafrecht derselbe: Fehlverhalten zu verhüten. Strafrecht und Privatrecht können auch auf der Ebene des Verfahrensrechts eng verbunden sein: Schadenersatzansprüche können vom Strafgericht im Strafprozess beurteilt, und Schadenersatz kann von diesem dem Verbrechensopfer zugesprochen werden. Obwohl Strafgerichte zögern, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, und den Schadenersatzanspruch gern dem Zivilgericht zur Entscheidung überlassen, kann dies doch parallel zu den Ansprüchen aus dem *Alien Tort Claims Act* in den USA zur Einleitung einer neuen Epoche auch im europäischen Schadenersatzrecht führen. Wenn das Strafrecht Klägern erlaubt, Fälle vor Gericht zu bringen, in denen ein Ausländer in einem anderen Land gegen dessen Einwohner Verbrechen begangen hat (insbesondere Verletzungen von Menschenrechten), kann dies den Weg dafür bereiten, in diesen Fällen auch über Schadenersatzansprüche abzusprechen[74].

73 Die Erläuternden Bemerkungen zum Gesetzentwurf betonen, dass eine solche repressive Sanktion nicht nur mit der inneren Logik des Privatrechts unvereinbar wäre, sondern dass auch weder praktische noch theoretische Argumente ihre Beibehaltung unterstützen könnten.

74 *E. Engle,* Alien Torts in Europe? (2005) 7.

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

I. Ausgleichsfunktion

Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts ist in der ungarischen Lehre und Rechtsprechung nie in Zweifel gezogen worden. Ansatzpunkt des Zivilgesetzbuchs 1959 war, dass Ausgleich von der zivilrechtlichen Haftung direkt angestrebt wird, während Prävention eine indirekte Funktion des Schadenersatzrechts darstellt. Es entspricht der Struktur des Privatrechts und des Marktes, dass das Privatrecht in erster Linie Ungerechtigkeiten korrigieren muss, indem es das gestörte Gleichgewicht von Vermögensverhältnissen wiederherstellt. Das findet klaren Ausdruck im Prinzip des vollen Schadensausgleichs: Schadenersatz soll das Opfer in die Lage versetzen, als ob der Schaden nicht eingetreten wäre[75]. Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts ist weniger deutlich im Bereich immateriellen Schadens. Ersatz für immaterielle Schäden ist für Verluste zu zahlen, die nicht übertragbare Rechte betreffen und nicht in Geld ausgedrückt werden können. Es scheint also, dass das Recht etwas in Geld bemessen soll, das in Geld nicht bemessen werden kann, wodurch unklar wird, wie der Schaden berechnet werden soll, um Ersatz leisten zu können, oder ob dies überhaupt möglich ist. Wegen dieser widersprüchlichen Natur des Ersatzes für immateriellen Schaden in Ungarn, nimmt man nunmehr an, dass immaterieller Schaden nicht Schaden im traditionellen Wortsinn ist, und Ersatz nicht als Ausgleich, sondern weit eher als Entschädigung oder Genugtuung bezahlt wird. **4/51**

II. Präventiv- und Rechtsfortsetzungsfunktion

Nach der Auffassung, die den Vorschriften des ungarischen Schadenersatzrechts zugrunde liegt, ist dessen vorrangiges Ziel die Leistung von Ausgleich. Prävention spielt eine zweitrangige Rolle, doch diese beiden Ziele sind eng verbunden und können nicht unabhängig voneinander betrachtet werden. Der dem Opfer gewährte Ausgleich dient auch der Abschreckung vor Fehlverhalten in der Gesellschaft. Gewährung von Ausgleich stärkt den Schutz der Mitglieder der Gesellschaft, **4/52**

75 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, 365.

während Abschreckung Fehlverhalten verhindern soll[76]. Ein Rechtsfortsetzungsgedanke oder ähnliche Lehren werden im ungarischen Schadenersatzrecht nicht vertreten. Bei der Schadensberechnung beziehen sich Gerichte und Rechtstheorie direkt auf das Prinzip des vollen Ausgleichs und das Prinzip, dass der Geschädigte in Folge des erlittenen Schadens nicht bereichert werden soll. Gerichte versuchen, den Schaden auf einer objektiven Grundlage zu berechnen, doch sie tun dies ohne Bezugnahme auf den Rechtsfortsetzungsgedanken.

III. Sanktionsfunktion

4/53 Eine Sanktionsfunktion des Schadenersatzrechts ist im ungarischen Recht nie anerkannt worden. Obwohl Strafen das Schadenersatzrecht unterstützen oder ergänzen können, um das Präventionsziel zu erreichen, hat das Schadenersatzrecht selbst keine solche Funktion.

4/54 Bei der Festsetzung von Privatrechtsfolgen für rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten sah das Zivilgesetzbuch 1959 vor[77], dass dann, wenn der Beklagte die Persönlichkeitsrechte des Klägers rechtswidrig beeinträchtigt hat, und der als Schadenersatz zuzusprechende Betrag nicht der Schwere des Unrechts des Verhaltens des Täters entspräche, das Gericht dem Beklagten eine Geldstrafe auferlegen kann, die öffentlichen Zwecken zugeführt wird[78]. Die rechtspolitische Überlegung, die der Einführung dieser repressiven Sanktion zugrunde lag, war die Erkenntnis, dass in Fällen grober Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Klägers der Schadenersatz das gesellschaftliche Unwerturteil über das Fehlverhalten nicht angemessen widerspiegeln würde, und dass dies kein entsprechendes Schutzniveau für Persönlichkeitsrechte und keine entsprechende Prävention bewirken würde[79]. Diese Geldstrafe war allerdings nicht zielführend, da die Gerichte zögerten, sie zu verhängen, so dass sie nicht in das Zivilgesetzbuch 2013 übernommen wurde.

4/55 In der ungarischen Schadenersatzrechtlehre werden Argumente dafür vorgebracht, dass dem Ersatz für immateriellen Schaden und der Abfindung, die im Zivilgesetzbuch 2013 als spezielle Sanktion für rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten an die Stelle des Schadenersatzes tritt, eine Straffunktion

76 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuches 1959, 365 f.

77 Zivilgesetzbuch 1959 § 84.

78 In das Zivilgesetzbuch 1959 wurde diese spezielle Sanktion im Rahmen einer umfassenden Novellierung 1977 eingefügt, um einen wirksameren Schutz von Persönlichkeitsrechten mit entsprechendem Präventionseffekt zu erzielen.

79 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Gesetzes Nr IV aus 1977, 455.

anhafte. Das ist jedoch ein Missverständnis im Hinblick auf Strafschadenersatz und ein falscher Ansatz, der Entschädigung oder Abfindung als Strafe ansieht. Die neue Sanktion der Abfindung im Zivilgesetzbuch 2013 wird nicht zum Schadenersatz hinzugefügt, sondern ist die direkte Folge rechtswidriger Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten. Das heißt jedoch nicht, dass ihr ein Strafcharakter zukäme.

Es mag unangebracht erscheinen, nur Ausgleich und Sanktion als Funktionen des Schadenersatzes ins Auge zu fassen. Gerechte Entschädigung und Wiedergutmachung sollten oder könnten ebenso als autonome Funktionen von Schadenersatz betrachtet werden. Entschädigung zu verschaffen, bedeutet nicht Ausgleich, da sie nicht den vorigen Zustand wiederherstellt, doch sie ist auch nicht Bestrafung, denn sie ist zu zahlen, um etwas als »Austausch« für den Verlust zu bieten, und sie hängt nicht unbedingt vom Verschuldensgrad des Täters ab. Dies ist im System der Europäischen Menschenrechtskonvention gut dargestellt: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kann einem Staat für die Nichtbeachtung der in der Konvention festgesetzten Verpflichtungen die Zahlung einer gerechten Entschädigung auferlegen. Diese Entschädigung soll für den Kläger keinen Ausgleich bewirken, denn sie soll ihm nicht den Schaden ersetzen und den Zustand wiederherstellen, als ob die Beeinträchtigung von Menschenrechten nicht erfolgt wäre. Sie soll ihm etwas geben, das die Folgen rechtswidriger Beeinträchtigung seiner geschützten Rechte mildern oder beseitigen, und den Staat von Wiederholungen abhalten soll. Eine richtige Betrachtungsweise könnte somit annehmen, dass damit das System möglicher Funktionen des Schadenersatzrechts ergänzt wird und dieses die Aufgabe hat, Ausgleich, Sanktion oder (angemessene) Entschädigung zu bewirken. Der Ersatz immateriellen Schadens und die Abfindung, die im ungarischen Schadenersatz an dessen Stelle tritt, haben die Funktion, eine angemessene Entschädigung zu bewirken; sie stellen keinen Ausgleich dar, denn sie werden nicht als Geldäquivalent des verursachten Schadens gezahlt. Sie stellen aber auch keine Bestrafung dar, denn sie werden primär nicht deshalb gezahlt, um dem Täter eine Sanktion aufzuerlegen, sondern um dem Opfer etwas zu geben, das seinen erlittenen Schaden beseitigt oder mindert. **4/56**

IV. Ökonomische Optimierung?

4/57 Die ökonomische Analyse des Rechts kann wichtige Einsichten in das Funktionieren und die möglichen Wirkungen des Schadenersatzrechts liefern. Die law-and-economics-Literatur enthält wichtige und nützliche Ergebnisse, und die Judikatur kann ebenfalls juristische Lösungen entwickeln und anwenden, die diese Art zu denken reflektieren, wie dies durch den berühmten amerikanischen Richter

Learned Hand gezeigt wurde, als er lange vor der Blüte der »economic analysis of law« die *Hand-rule* aufstellte[80]. Der effizienzorientierte Ansatz kann zur Schlussfolgerung führen, dass Prävention die Hauptfunktion des Schadenersatzrechts darstellt, und Strafschadenersatz ein nützliches Instrument zu ihrer Stärkung bildet, insbesondere wo private (Rechts)Durchsetzung in den Vordergrund tritt[81].

4/58 Es ist ein allgemeines Prinzip des ungarischen Schadenersatzrechts, dass niemand durch seinen eigenen Schaden bereichert werden soll. Ein auf Bereicherungsherausgabe gerichteter Schadenersatz oder Ansprüche auf Gewinnherausgabe vom Täter an das Opfer, um dem Täter den Gewinn zu entziehen, den er durch sein Fehlverhalten erzielt hat *(Gewinnabwehr),* sollte im Einklang mit den Prinzipien und rechtspolitischen Grundlagen des Schadenersatzrechts verbleiben[82].

4/59 Die ökonomische Analyse des Rechts spielt allerdings in der ungarischen Judikatur und Lehre keine bedeutende Rolle, obwohl sie auch in der ungarischen Rechtsordnung eine wichtige Quelle für eine Verbesserung der Theorie des Schadenersatzrechts bilden könnte. Der Ansatz, wonach ein Kausalzusammenhang auf der Grundlage erhöhter Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann (wodurch Kausalitätstheorien überflüssig würden), die Betrachtung des Verlusts einer Chance entweder als Schaden oder als natürliche Ursache, die Schadensbemessung, insbesondere reiner Vermögensschäden, die Feststellung von Verschulden *(Hand-Formel),* das Verständnis von strikter Haftung, die Rolle von Versicherung, usw bilden nur einige jener wichtigen Bereiche und Probleme des Schadenersatzrechts, wo ökonomische Analyse wichtige Ergebnisse für die Verbesserung von Theorie und Praxis des Schadenersatzrechts liefern könnte.

80 *United States v. Carroll Towing Co.* 159 Federal Reporter, Second Series (F.2d) 169 (2d. Cir. 1947).

81 *Cooter/Ulen,* Law and Economics (2007) 394.

82 *Marton,* A polgári jogi felelősség (1993) § 117.

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

I. Delikt, Vertragsverletzung und Zwischenbereich

Die der Regelung des Schadenersatzes im Zivilgesetzbuch 1959 zugrundeliegenden rechtspolitischen Erwägungen zielten auf die Herstellung eines einheitlichen Haftungssystems. Dieser Gedanke schloss eine einheitliche Regelung von Haftung aus Delikt und aus Vertragsverletzung ein[83]. Diese Lösung bestärkt die Idee, dass eine gemeinsame moralische Haftungsgrundlage existiert, denn es liegt immer eine Obligationsverletzung vor, gleichgültig, ob die Verpflichtung auf einem vertraglichen Versprechen beruht oder unmittelbar auf Gesetz. Sie macht das System auch einfacher, da sie Abgrenzungsprobleme und die Notwendigkeit einer Einordnung vermeidet. Diese Struktur hat Probleme beseitigt, die sich aus dem fließenden Übergang zwischen Deliktsrecht und Vertragsverletzung ergeben haben. Dank dieser Struktur sind in der ungarischen Judikatur keine Abgrenzungsprobleme aufgetreten, und die Feststellung des genauen Abschlusszeitpunkts des Vertrages ist nicht zur Schlüsselfrage geworden. **4/60**

Das Zivilgesetzbuch 2013 hat dieses einheitliche System nicht beibehalten. **4/61** Bei der Umsetzung des Haftungssystems des UN-Kaufrechts (CISG) für Vertragsverletzung hat der Gesetzgeber entschieden, die Grenze der Vorhersehbarkeit als gesetzliche Haftungsbegrenzung für Vertragsverletzung im ungarischen Vertragsrecht einzuführen[84]. Überdies wurden die Voraussetzungen der Haftungsbefreiung verschieden geregelt. Der Nachweis der Beachtung des geforderten Verhaltensmaßstabs genügt nicht für eine Haftungsbefreiung der vertragsverletzenden Partei; sie hat vielmehr zu beweisen, dass die Verletzung auf Grund von Umständen erfolgt ist, die zur Zeit des Vertragsabschlusses unvorhersehbar und unkontrollierbar waren, und dass man von ihr nicht erwarten konnte, diese Umstände zu vermeiden oder den durch sie verursachten Schaden zu verhindern[85]. Das führt zwangsläufig zur Zerstörung der Logik des einheitlichen Systems und resultiert auch in einem System der Nichtkumulierung[86]. Der Gedanke hinter der

83 Wenn nichts anderes vorgesehen ist, gelten die Bestimmungen der deliktischen Haftung auch für Vertragsverletzung. Zivilgesetzbuch 1959 § 318 (1).

84 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:143.

85 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:142.

86 Die Vorschrift über Nicht-Kumulierung ist im Zivilgesetzbuch 2013 ausdrücklich verankert und verhindert, dass der Geschädigte einen Deliktsanspruch durchsetzen kann, wenn Schadenersatz für Vertragsverletzung angebracht wäre; Zivilgesetzbuch 2013 § 6:145.

Einführung der Vorhersehbarkeitsgrenze und Schaffung verschiedener Haftungssysteme war, dass im Fall eines Vertrages eine Verpflichtung von der Partei freiwillig als Ergebnis einer Übereinkunft übernommen worden ist. Die Übereinkunft spiegelt Marktmechanismen nur dann wider, wenn die Verpflichtung seitens einer angemessen informierten Partei übernommen worden ist, denn nur offengelegte Risiken können durch die Parteien in ein Geschäft eingepreist werden. Der Gesetzgeber wollte ein System schaffen, das Parteien veranlasst, die Risiken offenzulegen, wenn sie wollen, dass diese Bestandteil der Übereinkunft werden. Die gesonderte Regelung von Deliktshaftung und Haftung aus Vertragsverletzung wird Abgrenzungsprobleme schaffen.

4/62 Unter dem einheitlichen Haftungssystem aus Delikt und Vertragsverletzung ist die Frage, ob die beiden Bereiche ein unterschiedliches Schutzniveau bieten oder auf einer unterschiedlichen inneren Logik und Struktur beruhen, nicht aufgetreten. Die neue Haftungsstruktur, die Delikt und Vertragsverletzung trennt, wird solche Fragen aufwerfen. Sie baut auf der Annahme auf, dass es immer möglich ist, eine klare Linie zwischen einer Situation zu ziehen, in der zwischen den Parteien ein Vertrag existiert, und einer solchen, in der das nicht der Fall ist. In der Abfolge von Schritten, die zum Abschluss eines Vertrages führen, wird ein Zeitpunkt des Abschlusses angenommen. Wenn ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, existieren nach diesem Zeitpunkt unter den Parteien vertragliche Rechte und Pflichten, vorher nicht. Konsumentenverträge ebenso wie Handelsverträge zeigen, dass das Bild nicht immer klar ist. Wie die Erfahrung von Rechtsordnungen zeigt, die keine Kumulierung von Ansprüchen zulassen, ist es schwer zu deuten. Das richtige Modell für Massenverträge von Konsumenten zu bilden, kann auch heute noch Probleme schaffen (zB bezüglich des entscheidenden Abschlusszeitpunkts, shrink-wrap-Lizenzen, usw). Fusionen und Übernahmen beruhen auf Transaktionen, die aus komplexen vielstufigen Prozessen bestehen. In Verträgen über die Entwicklung von Software kommt es oft vor, dass die Bestimmung des Vertragsinhalts, die Leistung, die Kooperation der Parteien verlangt. Der Verkäufer beginnt oft mit der Erbringung der Leistung bereits in einem Stadium, das noch als Vorbereitungsphase vor dem Vertragsabschluss zu sehen ist. Mit der Philosophie des Geschäftsverkehrs »die Sache ist abgemacht«, kann der Abschluss des Vertrags auch ohne Einigung über den Preis angenommen werden, sobald die Parteien übereingekommen sind, dass eine von ihnen bereits mit der Erfüllung beginnen solle. Ein weiteres Problem liegt darin, dass eine Sorgfaltspflicht gegenüber der anderen Partei auch gesetzlich verfügt werden kann (zB Sachen anderer nicht zu beschädigen) und Deliktshaftung auslöst. Es ist durch die allgemeine Regel des Zivilgesetzbuchs 2013 klargestellt worden, dass rechtswidrige Schadensverursachung gesetzlich verboten ist[87].

87 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:518.

Diese Beispiele und viele weitere zeigen, dass nicht immer eine klare Linie zwischen vertraglichen Verpflichtungen und solchen Pflichten gezogen werden kann, die den Parteien vom Gesetz auferlegt werden.

II. Fallgruppen im Zwischenbereich

Ein Zwischenbereich zwischen Delikt und Vertragsverletzung liegt also tatsächlich vor. Prospekthaftung ist nicht als besondere Fallgruppe in diesem Zwischenbereich aufgetreten, und auch Probleme des Verhältnisses zwischen den Parteien und den vom Gericht bestellten Sachverständigen sind bisher in der ungarischen Theorie und Praxis nicht thematisiert worden. Es ist auch keine Theorie der culpa in contrahendo entwickelt worden. Verletzung der Sorgfaltspflicht gegenüber der Person und Sachen des Partners sowie reinen Vermögensinteressen löst Deliktshaftung aus. Auf Grund des einheitlichen Systems der Haftung aus Vertrag und Delikt hat der Umstand, dass solche von der Rechtsordnung der Partei auferlegte Pflichten in einem vorvertraglichen Stadium aufgetreten sind, für die Gerichte keinen Unterschied bewirkt. **4/63**

Für Fälle von *culpa in contrahendo* gibt es keine Sondervorschriften. Es wird ausdrücklich bestimmt, dass Vertragsparteien verpflichtet sind, auch vor Abschluss und während der Vertragsverhandlungen zu kooperieren und einander alle erheblichen Umstände des Vertrags offenzulegen[88]. Das ist eine allgemeine Offenlegungspflicht als Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben beim Vertragsabschluss. Die Folge der Nichtbeachtung dieser Pflicht ist ein deliktischer Schadenersatzanspruch. *Eörsi* betont, dass im ungarischen Schadenersatzrecht keine Lücke bestehe, die mit der culpa-in-contrahendo-Lehre gefüllt werden müsste. Er bezieht sich ausdrücklich auf die grundlegende Haftungsbestimmung in § 339 Zivilgesetzbuch 1959, das Prinzip von Treu und Glauben und die Kooperationspflicht des § 4 (2) Zivilgesetzbuch 1959, um Haftung für jene Fälle zu bewirken, die in der deutschen Judikatur und Lehre als »culpa in contrahendo« qualifiziert werden[89]. **4/64**

In der ungarischen Gerichtspraxis ist eine besondere Fallgruppe aufgetreten, in welcher das Gericht zu entscheiden hatte, ob die Kosten einer Anbotslegung zu **4/65**

88 Zivilgesetzbuch 1959 § 205 (4).

89 Nach *Eörsi* war es in der deutschen Lehre und Judikatur nötig, wegen der Lücke zwischen Delikts- und Vertragshaftung im BGB eine solche Doktrin zu entwickeln. Auf Grund der Generalklausel des § 339 Zivilgesetzbuch 1959 existiert eine solche Lücke im ungarischen Privatrecht nicht. Da diese Fälle unter § 339 Zivilgesetzbuch 1959 fallen, war es nicht notwendig, eine solche Doktrin zu entwickeln. *Gy. Eörsi,* Elhatárolási problémák az anyagi felelősség körében (1962) 181 ff.

erstatten sind, wenn die Ausschreibung zurückgezogen wurde. Die Frage lautete, ob eine Partei, die ein Anbot gelegt hat, das Recht haben soll, ihre Kosten ersetzt zu erhalten, wenn die Ausschreibung annulliert oder zurückgezogen wird, und die Angebotskosten umsonst ausgegeben worden sind. Es wurde klargestellt, dass dann, wenn die Ausschreibung oder die Entscheidung über die Anbote rechtswidrig war, diese Rechtswidrigkeit die Verantwortung des Ausschreibenden aus der allgemeinen Verschuldenshaftung des Deliktsrechts bewirkt. Diese Haftung deckt allerdings nur den Ersatz von Kosten für die Vorbereitung und Vorlage des Anbots (negatives Interesse), nicht den Ersatz des Gewinnentgangs des Anbieters. In diesen Fällen kann nie ein Kausalzusammenhang hergestellt werden[90].

4/66 Eine besondere Fallgruppe, die noch dem Zwischenbereich angehört, betrifft die *Informationshaftung.* Die Erteilung von Informationen ist eines der sensibelsten Probleme des Vertragsrechts. Die Entscheidung einer uninformierten Partei stellt keine freie Wahl dar, was bedeuten kann, dass der Markt als wirtschaftliches Umfeld des Vertrags unvollkommen war. Die Aufrechterhaltung von freier Wahl und Marktmechanismen würde eine Voraussetzung rechtfertigen, dass die Parteien ausreichend informiert sind. Asymmetrische Information kann als Marktversagen gesehen werden, das korrigiert werden muss. Andererseits würde eine allgemeine Verpflichtung der Parteien, alle ihnen zur Verfügung stehenden Informationen preiszugeben, von Investitionen in die Schaffung von Information abschrecken, was eine Behinderung von Innovation zur Folge hätte. In einem gewissen Ausmaß enthalten alle Rechtsordnungen ausdrücklich oder stillschweigend vorvertragliche Informationspflichten, und setzen gleichzeitig Grenzen dieser Verpflichtung. Das Zivilgesetzbuch 1959 verlangte ausdrücklich[91], dass die Parteien einander über alle erheblichen Umstände des Vertrages informieren, und diese Vorschrift wurde auch im Zivilgesetzbuch 2013 beibehalten. Die Folge der Nichtbeachtung dieser Pflicht kann einen Anfechtungsgrund des Vertrages wegen Irrtums oder Täuschung bilden, und/oder die Grundlage für Schadenersatz aus Delikt oder Vertragsverletzung als Alternative zum Anfechtungsanspruch.

4/67 In Fällen, in denen eine Partei (typischerweise der Verkäufer) Information über das Produkt zur Verfügung stellt, das Gegenstand des Vertrages sein soll, kann die Informationspflicht stillschweigend vorausgesetzt und als Vertragsbestandteil betrachtet werden[92]. Diese Auslegung bewirkt die Haftung der Partei aus dem Vertrag, wenn das Produkt nicht die behauptete Qualität aufweist. In solchen Fällen stellen Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Betrugs sowie Ansprüche aus

90 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gf. V. 30 626/1984. sz. BH 1985. Nr 475; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gf. I. 30.995/1994. BH 1996. Nr 108; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gfv. IX. 30.030/2005. sz. EBH 2005. Nr 1220; BH 2005. Nr 364.

91 Zivilgesetzbuch 1959 § 205 (4), Zivilgesetzbuch 2013 § 6:62 (1).

92 Zivilgesetzbuch 1959 § 277 (1) b. Auch wenn eine solche ausdrückliche Bestimmung fehlt, kann Vertragsauslegung in der Praxis dasselbe Ergebnis bewirken.

Vertragsverletzung alternative Rechtsbehelfe für den Kläger dar. Vertragsanfechtung schließt Haftung für Vertragsverletzung aus. Sie schließt allerdings nicht aus, dass ein Anspruch aus Delikt oder auf Grund der Verleitung zu diesem Verhalten (§ 6 Zivilgesetzbuch 1959) erhoben wird.

Die Schaffung verschiedener Regelungen für Delikt und Vertragsverletzung im Zivilgesetzbuch 2013 macht auch eine spezielle Regelung für *culpa in contrahendo* erforderlich. Nach dieser neuen Regelung hängt dann, wenn eine Partei im vorvertraglichen Stadium die Pflicht zur Kooperation und die Pflicht zur Aufklärung verletzt, ihre Haftung davon ab, ob der Vertrag zustande gekommen ist oder nicht. Wenn der Vertrag abgeschlossen worden ist, fällt ihre Haftung unter die Vorschriften für Vertragsverletzung, wenn nicht, dann unter Deliktsrecht[93]. Die Pflicht zur Kooperation und Offenlegung erheblicher Umstände wird im Zivilgesetzbuch 2013 Parteien in Vertragsverhandlungen als allgemeine Verpflichtung auferlegt, gleichgültig, ob der Vertrag letztlich zustande kommt oder nicht. Lediglich die Haftungsvorschriften sind verschieden, wenn eine Partei eine solche Pflicht verletzt hat. Wenn der Vertrag zustande gekommen ist, wird durch die neue Regelung der Bereich des Vertragsrechts in diesem Zusammenhang auf die vorvertragliche Phase ausgedehnt. 4/68

III. Das Problem der Anspruchskonkurrenz

Das Haftungssystem des Zivilgesetzbuchs 1959 hatte eine Konkurrenz von vertraglicher und außervertraglicher (deliktischer) Haftung zugelassen. Auch die ungarische Judikatur schien die Konkurrenz vertraglicher und außervertraglicher Haftung zu akzeptieren. § 318 Zivilgesetzbuch 1959 sah vor, dass bezüglich Vertragsverletzungen dieselben Vorschriften gelten wie für Delikte, mit der Ausnahme, dass das Gericht nicht das Recht hatte, die Haftung aus Billigkeitsgründen zu mindern. Die Grundlage der Haftung war im Vertrags- und im Deliktsrecht insofern verschieden, als sie im Vertragsrecht die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, und im Deliktsrecht die Verletzung des allgemeinen Verbots war, anderen Schaden zuzufügen. Doch abgesehen von und trotz diesem Unterschied waren die anwendbaren Regeln für Schadenersatz dieselben. Auf Grund dieses einheitlichen Systems war dies primär eine Frage der Argumentation zur Begründung eines Anspruchs (für die Partei) und des Urteils (für das Gericht) aus Vertragsverletzung oder aus Delikt. Dem Kläger wurde nicht der Deliktsanspruch verwehrt, selbst wenn das den Schaden verursachende Verhalten des Beklagten eine Vertragsverletzung darstellte. Da 4/69

93 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:62.

nach der ungarischen Judikatur das Gericht nicht an die rechtliche Qualifikation des Anspruchs durch den Kläger gebunden ist, konnte das Gericht überdies auch ohne Antrag der Parteien die Voraussetzungen deliktischer Schadenshaftung prüfen, selbst wenn sich der Kläger nur auf Vertragsverletzung seitens des Beklagten berufen hat[94]. Die ältere Literatur war einigermaßen verwirrend, da Entscheidungen oft auf die allgemeine Haftungsregel[95] und nicht auf die Spezialnorm für Vertragshaftung[96] gestützt waren, selbst in Fällen der Vertragshaftung. Schon zu Beginn der Siebzigerjahre konnte eine Tendenz bemerkt werden, in Fällen konkurrierender Haftungsgründe der Vertragshaftung den Vorzug zu geben[97]. Diese Tendenz hat sich zu einem klaren Standpunkt entwickelt. Wenn Konkurrenz von vertraglicher und außervertraglicher (deliktischer) Haftung vorlag, wandten Gerichte in Vertragsfällen die Spezialnorm für Vertragshaftung an, indem sie auch auf die allgemeine Haftungsregel des Deliktsrechts Bezug nahmen und die Fälle dann auf der Grundlage vertraglicher Haftung entschieden[98]. Eine augenfällige und bedeutsame Unterscheidung ist jedoch in der Judikatur deutlich herausgearbeitet worden. Diese Unterscheidung liegt in der Anwendung verschiedener Maßstäbe für einen Verschuldensausschluss, da in Vertragsfällen die Gerichte strengere Tests bei der Beurteilung anwandten, ob der Täter so gehandelt hat, wie unter den gegebenen Umständen allgemein zu erwarten war. Sie ließen einen Haftungsausschluss nur zu, wenn der Beklagte beweisen konnte, dass der Schaden unter den gegebenen Umständen unvermeidbar war[99]. Diese Tendenz und der offensichtliche Unterschied zwischen der Beziehung der Vertragsparteien zueinander einerseits und außervertraglichen Situationen andererseits, die auch verschiedene Begrenzungsmaßnahmen wie die Vorhersehbarkeitsdoktrin für Schadenersatz aus Vertrag involviert, hat den ungarischen Gesetzgeber zur Überzeugung gebracht, dass das einheitliche System durch eine Differenzierung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung ersetzt werden sollte, selbst wenn beide Teile grundsätzlich bezüglich des Ausmaßes des Schadenersatzes weiterhin übereinstimmen sollten. Die Bestimmungen bezüglich des Ersatzes sind auch im Zivilgesetzbuch 2013 dieselben für vertragliche und außervertragliche Haftung, außer dass die Reichweite des Vorhersehbarkeitsprinzips etwas anders ist. Das alte System hat das Gericht nicht daran gehindert, außervertragliche Haftung anzunehmen, wenn das Verhalten des Täters als Vertragsverletzung betrachtet werden konnte, doch gleichzeitig unabhängig von den vertraglichen Verpflichtungen, die der Beklagte oder andere

94 *A. Menyhárd,* A kártérítési jog egyes kérdései, Polgári Jogi Kodifikáció 2004, Nr 1-2, 47.
95 Zivilgesetzbuch 1959 § 339.
96 Zivilgesetzbuch 1959 § 318.
97 *A. Harmathy,* Felelősség a közreműködőért (1974) 202.
98 *J. Gyevi-Tóth,* A szerződéses és a deliktuális felelősség egymáshoz való viszonya, Jogi Tanulmányok 1997, 178.
99 *I. Kemenes,* A gazdasági szerződések követelményei és az új Ptk., Polgári Jogi Kodifikáció 2001/1, 9.

Personen übernommen hatten, als Fehlverhalten qualifiziert werden konnte, das auch Deliktshaftung nach sich zog. In solchen Fällen konnte der Kläger die Grundlage seines Anspruchs wählen[100]. Die gesonderte Regelung von Haftung aus Delikt und aus Vertragsverletzung im Zivilgesetzbuch 2013 macht dies auf Grund des Prinzips der Nichtkumulierbarkeit unmöglich. Das neue System folgt einer klaren Logik, wird jedoch voraussichtlich im Zuge der Anwendung des Zivilgesetzbuchs 2013 in der Praxis zahlreiche Abgrenzungsprobleme hervorrufen[101].

100 *Eörsi,* Elhatárolási problémák az anyagi felelősség körében 33 ff.
101 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:145.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Schaden

4/70 Die sozialistische Theorie, vertreten von *Eörsi,* betonte die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts und stellte die Rechtswidrigkeit statt des Schadens in den Mittelpunkt des Schadenersatzrechts. Das mag der Grund dafür sein, dass in der Rechtstheorie nie der Schaden als Hauptproblem des Schadenersatzrechts betrachtet wurde. Der Begriff des Schadens wird im ungarischen Deliktsrecht über den Schadenersatz definiert. Der Täter, der für den Schaden verantwortlich ist, haftet für die Wiederherstellung des vorigen Zustands, oder, falls dies nicht möglich ist oder der Geschädigte aus vernünftigen Gründen die Wiederherstellung ablehnt, hat er dem Opfer Ersatz für materiellen und immateriellen Schaden zu leisten. Ersatz muss für jeden Wertverlust im Vermögen des Opfers (damnum emergens) und jeden durch das Verhalten des Täters entgangenen materiellen Vorteil (lucrum cessans) geleistet werden, sowie für die Kosten, die für die Minderung oder Beseitigung des materiellen und immateriellen Schadens erforderlich sind[102]. Der Gedanke des Verlusts eines materiellen Vorteils als eines speziellen Typs von Schaden impliziert auch, dass Schaden ein rechtlicher und kein natürlicher Begriff ist[103]. Auch eine wirtschaftliche Definition ist weder in der Rechtstheorie noch in der Judikatur entwickelt oder angewendet worden. Die Unterscheidung zwischen ersatzfähigem und nicht ersatzfähigem Schaden wird in der Judikatur impliziert, obwohl sie weder in der Theorie noch in der Praxis explizit entwickelt worden ist. Schaden im Hinblick auf Erwerb, der als unmoralisch gilt, soll nicht ersetzt werden, obgleich es schwierig erscheinen mag festzustellen, ob bestimmte Schäden moralisch akzeptabel sind oder nicht. Es ist noch immer nicht klar, ob Zuwendungen[104], die an den Arzt gezahlt werden, ein ersatzfähiger Schaden sind,

102 Zivilgesetzbuch 1959 § 355 (1) und (4).

103 *H. Koziol,* Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) Rz 2/8.

104 Ärzte, die als Angestellte öffentlicher Krankenanstalten arbeiten, erhalten normalerweise Zuwendungen von den Patienten. Grundlage dieses »Brauchs« ist die allgemeine Notwendigkeit, den Ärzten Ausgleich für ihr allgemein niedriges Gehaltsniveau zu bieten. Diese Art von Einkommen ist stets moralisch fragwürdig gewesen, und Ärzte sind diesbezüglich auch geteilter Meinung. Einige erwarten, dieses zusätzliche Honorar zu erhalten, während andere es als unmoralisch ablehnen. Ärzte sind verpflichtet, Dienste für Patienten auf dem höchstmöglichen Niveau zu leisten, ohne von Patienten irgendein Zusatzhonorar zu verlangen oder zu erhalten. Ärzte, die im staatlichen Krankenversicherungssystem arbeiten, dürfen keine zusätzliche Zahlung, kein Honorar oder einen sonstigen materiellen Vorteil als Gegenwert für ihre Leistungen

doch die Tendenz geht in diese Richtung. In einer Entscheidung hat das Oberste Gericht einen Anspruch abgewiesen, dem Patienten Ersatz für Zuwendungen zuzusprechen, die dieser an den Arzt gemacht hatte, doch es erklärte, solche Zahlungen sollten nicht als rechtswidrig betrachtet werden. Nach dieser Entscheidung sind solche Zuwendungen nicht verboten und sollen nicht als rechtswidrige Zahlungen angesehen werden, sofern sie nach dem persönlichen Ermessen des Patienten geleistet werden[105].

Nach der in Ungarn herrschenden Lehre passt ein Ersatz von immateriellem Schaden nicht zum Schadensbegriff. Es war die Vorstellung des Gesetzgebers im Jahre 1959, in Übereinstimmung mit der damaligen Privatrechtslehre, dass es weder eine Notwendigkeit gebe, Ersatz für immateriellen Schaden zu gewähren, noch dass ein solcher logisch wäre, da man Werte, die nicht in Geld ausgedrückt werden können, auch nicht ersetzen könne. Somit leide der Gedanke des Ersatzes von immateriellem Schaden unter einem ernsthaften inneren Widerspruch. Der Schutz solcher Werte sollte und konnte angemessen im öffentlichen Recht erfolgen, insbesondere im Strafrecht. Man war auch der Meinung, dass die Beeinträchtigung immaterieller Interessen zumeist mit einer Beeinträchtigung materieller Interessen verbunden sei. Das lasse den Gerichten den Weg offen, höheren Ersatz für materiellen Schaden zuzusprechen, wenn auch immaterielle Werte beeinträchtigt werden, nämlich in Form der Zuerkennung eines Pauschalbetrags, der dann den Ersatz für die Beeinträchtigung der immateriellen Interessen einschließt. Diese Auffassung erwies sich letztlich als unhaltbar, und 1977 wurde das Zivilgesetzbuch 1959 durch Bestimmungen ergänzt, die den Ersatz immateriellen Schadens betrafen. Um geringfügige Beeinträchtigungen geschützter Interessen vom Ersatz auszuschließen, haben diese Bestimmungen eine bestimmte Schwere der Verletzung von Interessen verlangt, wenn für die Beeinträchtigung Ersatz geleistet werden sollte. 1992 hat der ungarische Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass derartige Beschränkungen der Erlangbarkeit von Ersatz für immateriellen Schaden ein niedrigeres Schutzniveau für Persönlichkeitsrechte bewirkten als erforderlich war, und hat diese Bestimmungen für unvereinbar mit der Verfassung erklärt[106]. **4/71**

Die Judikatur neigte klar dazu, als notwendige Voraussetzung der Zuerkennung von Ersatz immateriellen Schadens eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Opfers zu verlangen. Diese Auffassung wird auch durch das Zivilgesetzbuch 2013 unterstützt, das Ersatz von immateriellem Schaden abschafft und ihn durch ein System direkter Abfindung als Sanktion für rechtswidrige **4/72**

von den Patienten verlangen, und es ist ihnen untersagt, ihre Leistungen unter der Bedingung des Empfangs solcher materieller Vorteile zu erbringen. Ärzte, die als Angestellte von Spitälern arbeiten, sind verpflichtet, ihre Arbeit auf der Grundlage dieses Verhältnisses zu leisten, doch es ist ihnen nicht verboten, solche Zuwendungen nach der Behandlung anzunehmen.

105 Oberstes Gericht, Pfv. X. 24.130/1997 sz. EBH 1999. Nr 18.

106 Verfassungsgericht der Republik Ungarn 34/1992. (VI.1.) AB. hat.

Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten ersetzt. Diese Form direkten Ersatzes sollte zu einem klareren System führen, das nicht mehr unter dem begrifflichen Widerspruch leidet, dass von Schaden als Haftungsvoraussetzung für den Ausgleich eines Verlusts gesprochen wird, der nicht in Geld ausgedrückt und bemessen werden kann[107]. Wie in Lehre und Judikatur anerkannt wird, ist Grundlage für ersatzfähigen immateriellen Schaden die rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten. Die Frage lautet nur, ob die rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten *per se* einen immateriellen Schaden darstellt, der durch die Zuerkennung von Ersatz für immateriellen Schaden kompensiert werden soll, wie dies in der herrschenden Lehre und in den Materialien zum Zivilgesetzbuch 2013 betont wird, oder ob ein erweislicher zusätzlicher Nachteil erforderlich ist, wie das einige Entscheidungen des Obersten Gerichts betonen[108]. Die neue Form von Abfindung, die auf einem ähnlichen Gedanken wie das Schmerzengeld beruht, verlangt keinen nachweisbaren vom Opfer erlittenen Nachteil. Der zuzusprechende Betrag ist vom Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Falles, insbesondere der Schwere der Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Opfers festzusetzen, im Hinblick darauf, ob das Fehlverhalten wiederholt erfolgt ist, auf den Grad des Verschuldens des rechtswidrigen Verhaltens, und auf die Auswirkungen des Eingriffs auf das Opfer und seine Umgebung[109].

4/73 Das Zivilgesetzbuch 1959 und das Zivilgesetzbuch 2013 schützen Persönlichkeitsrechte in einer Generalklausel. Daraus folgt, dass keine Notwendigkeit besteht, sich auf bestimmte einzelne Rechte zu beziehen, die beeinträchtigt wurden, um eine rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten geltend zu machen. Diese Rechte werden generell von der Rechtsordnung geschützt, ob sie nun im Zivilgesetzbuch oder in anderen Gesetzen speziell definiert werden oder nicht. Aus dem allgemeinen Ansatz, dass rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten immateriellen Schaden darstellen kann, folgt, dass es keiner speziell definierten geschützten Interessen bedarf, um Ersatz für immateriellen Schaden zuzusprechen. Da jedoch Ersatz für immateriellen Schaden eine spezielle Sanktion für rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten darstellt, besteht in diesem Zusammenhang ein Unterschied zwischen Personen- und Sachschaden.

4/74 Bezüglich der Bemessung des Ersatzbetrages besteht der allgemeine Ansatz darin, dass das Gericht alle Umstände des Falles zu berücksichtigen hat. In der ungarischen Judikatur und auch in der Lehre wird anerkannt, dass immaterieller Schaden nicht in Geld ausgedrückt werden kann.

107 *L. Vékás* (Hrsg), Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez (2007) § 2:121.
108 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. IV. 20.419/2006. sz. EBH 2006. Nr 1398 und BH 2006. Nr 318; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 24.313/1998. sz. BH 2001. Nr 12.
109 Zivilgesetzbuch 2013 § 2:52 (3).

In der Periode des Sozialismus war das Kompensationsniveau für immateriellen Schaden sehr niedrig, doch derzeit ist eine ständig steigende Tendenz erkennbar. Allerdings erreicht diese nicht die Beträge, die in Gesellschaften mit höherem Lebensstandard zugesprochen werden. Das kann auf europäischer Ebene Spannungen hervorrufen. Gerichte versuchen, die zuerkannten Beträge an die allgemeine Fähigkeit der Gesellschaft anzupassen, solche Lasten zu tragen (um Versicherung nicht zu teuer werden zu lassen und zu verhindern, dass Preise und Kosten von Dienstleistungen durch die Einpreisung der Versicherungsprämien zu hoch werden). Es existiert kein Katalog für die Berechnung immaterieller Schäden, obgleich in der Praxis ähnlich wie bei der Schadensberechnung im Versicherungswesen vorgegangen wird. Gerichte versuchen, in ähnlichen Fällen ähnliche Beträge als Ersatz immaterieller Schäden zuzusprechen, in Übereinstimmung mit dem grundlegenden Strukturprinzip, Gleiches gleich zu behandeln, unter Berücksichtigung erheblicher Umstände und Eigenheiten, sowie im Bestreben, für die Verletzung eines höher geschützten Interesses eine höhere Summe zuzuerkennen[110]. Es gibt keine fixen, empfohlenen oder gar publizierten Summen, und in der Praxis der Untergerichte können beträchtliche Unterschiede bestehen, die eine Voraussage schwierig machen. **4/75**

Die Frage, wer Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens hat, ist in allen Rechtsordnungen heikel. Ausgangspunkt der ungarischen Judikatur in diesem Problembereich war vor einigen Jahrzehnten die Feststellung, dass Schmerz und Trauer über den Verlust eines Angehörigen für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für einen ersatzfähigen immateriellen Schaden bilden[111]; dieser Ansatz hat sich allerdings geändert. Heute werden in der Judikatur Ersatzansprüche naher Angehöriger des Verstorbenen für immateriellen Schaden bestätigt[112], ihr Bereich ist allerdings beschränkt. Der Grund für die Zuerkennung von Schadenersatz an Angehörige ist der Verlust des Betroffenen, dh ihr geschütztes Interesse besteht in ihrem Recht, in einer vollzähligen und gesunden Familie zu leben. Deshalb sind nach der Judikatur Eltern, minderjährige Kinder, Ehegatten und Geschwister berechtigt, Schadenersatz wegen des Todes des Opfers zu fordern. Für solche Angehörige ist der Tod an sich Grundlage für den Anspruch auf Ersatz von immateriellem Schaden[113]. Gerichte sind nicht geneigt, diesen Kreis zu **4/76**

110 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.991/1994 sz. BH 1997. Nr 226; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I 10.708/1998 sz. BH 2000. Nr 569.

111 Richtlinie Nr 16 des Obersten Gerichts (nicht mehr in Kraft).

112 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.354/1991 sz. BH 1992. Nr 529 (Zuerkennung von Ersatz für immateriellen Schaden an ein Kind, das seine Eltern verloren hat); Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.795/1998 sz. BH 2001. Nr 14 (Zuerkennung von Ersatz für immateriellen Schaden an Eltern, die ihr Kind verloren haben).

113 Der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens bei Verlust eines Bruders ist von der Judikatur ausdrücklich anerkannt worden. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I 10.655/2007 sz. BH 2009. Nr 27.

erweitern, und haben Ansprüche von Großeltern ebenso wie solche eines erwachsenen Kindes, das nicht mehr mit dem Opfer zusammenlebt, abgewiesen[114]. Wenn der Fall nicht den Verlust eines Angehörigen betrifft, sondern den Verlust, den der Angehörige erlitten hat (zB Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung), können die Angehörigen des direkten Opfers einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens als Ersatz ihres eigenen Verlustes haben (zB für das Gebären eines Kindes mit geistiger Behinderung)[115].

4/77 Nach ungarischer Lehre und Judikatur ist somit der Ersatz immateriellen Schadens nicht Ausgleich für Gefühlsschäden, sondern für rechtswidrige Beeinträchtigung von Rechten (dh Persönlichkeitsrechten). Gefühlsschäden, Schock, Schmerz, Leiden, ungute Gefühle, frustrierte Erwartungen oder entgangene Erlebnisse sind unter Umständen nicht ausreichende Gründe für die Zuerkennung von Ersatz immateriellen Schadens. Psychische Lasten und Leiden können als Argumente zur Stützung der Entscheidung herangezogen werden[116], oder als Grundlage für die Feststellung[117] geistiger Erkrankung. Die einzige Ausnahme bildet der Ersatz immateriellen Schadens hinsichtlich entgangener Urlaubsfreude und Wiederherstellung der Arbeitskraft. Das hat das ungarische Oberste Gericht[118] einige Jahre vor der Entscheidung des EuGH im Fall *Leitner* entschieden[119]. Es ist schwierig, die Entwicklung dieser speziellen Lehre im ungarischen Recht zurückzuverfolgen. Eine der Wurzeln könnte die Ablehnung des Ersatzes immaterieller Nachteile sein, die bis zur 1977 erfolgten Novellierung des Zivilgesetzbuches herrschende Auffassung war. Eine andere ist die allgemeine Schwierigkeit, vor der alle Rechtsordnungen stehen, wenn sie die Grenzen ersatzfähiger immaterieller Schäden ins Auge fassen. Die Ergänzung des Zivilgesetzbuchs im Jahr 1977 hat diese Grenzen gezogen, indem es eine erhebliche oder dauernde Personenverletzung oder gesellschaftliche Benachteiligung als Voraussetzung für die Zuerkennung von Ersatz

---

114 Memorandum über die Nationale Diskussion 23. – 25. Jänner 2008 der Zivilkollegien der Obergerichte und des Zivilkollegiums des Ungarischen Obersten Gerichts.

115 ZB Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 24.931/2002 sz. BH 2005. Nr 18; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.212/2008 sz. BH 2009. Nr 208; Oberstes Gericht, Verordnung zur Rechtsvereinheitlichung Nr 1/2008, 12. März 2008.

116 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 24.737/2002. sz. BH 2005. Nr 105.

117 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.147/2005. sz. BH 2007. Nr 6.

118 In einer Entscheidung aus 1998 hat das ungarische Oberste Gericht dem Kläger Ersatz für immateriellen Schaden mit der Begründung zugesprochen, dass der beklagte Reiseveranstalter den Kläger nicht über die Schwierigkeiten aufgeklärt hat, das gemietete Haus zu erreichen, das auf einem Berg weit außerhalb des Dorfes lag. Das Gericht stellte fest, dass der Kläger, da er nicht, wie mit dem Reiseveranstalter vertraglich vereinbart, seinen Urlaub an einem ruhigen Ort verbringen konnte, seine Erholungsmöglichkeit und Urlaubsfreude ebenso verloren hat wie die Unterhaltung und Entspannung eines Auslandsaufenthaltes, Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VIII. 23.243/1996. sz. BH 1998. Nr 278.

119 EuGH Vorabentscheidung vom 12. März 2002, C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*.

immateriellen Schadens verlangt, und damit auch eine Definition von ersatzfähigem immateriellen Schaden geboten hat. Die dritte Wurzel ist die Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts[120], die diese Definition und die im Zivilgesetzbuch 1959 stillschweigend vorausgesetzten Grenzen beseitigt hat, und an ihrer Stelle eine andere vorgab. Der Gedanke des Ersatzes von immateriellem Schaden, den das Verfassungsgericht vorgab, war auf die Vorstellung gegründet, dass die typischen Fälle immateriellen Schadens Körperverletzung, Gesundheitsschädigung, Rufschädigung, Verletzung der Redefreiheit usw betreffen, die geschützte Persönlichkeitsrechte in jenem Teil des Zivilrechts bilden, der auch das Personenrecht enthält. Da der Gedanke, dass im Zusammenhang mit immateriellem Schaden ein ersatzfähiger Nichtvermögensschaden wegen seiner immateriellen Natur nicht als Schaden definiert werden kann, eine Überleitung der Definition von Rechtswidrigkeit in die allgemeine Lehre, dass die Verursachung von Schaden als rechtswidrig erachtet wird, auch wenn keine ausdrückliche Vorschrift verletzt worden ist, nicht zugelassen hat, hat diese Vorstellung auch dazu verholfen, den Ersatz immateriellen Schadens der Struktur des Schadenersatzrechts anzupassen. Die neue Idee bringt auch die notwendigen Begrenzungen, impliziert eine logische Struktur, und wurde von den Gerichten und der Lehre rasch angenommen[121]. Daraus folgt, dass nur Nachteile, die als Beeinträchtigung geschützter Persönlichkeitsrechte beschrieben werden können, eine Basis für die Zuerkennung von Ersatz immateriellen Schadens zu bilden vermögen. Mit dieser Logik kann das Gericht Ersatz für immateriellen Schaden bei seelischem Schmerz, Schock, Schmerz, Leiden, schlechtem Gefühl usw nur dann zuerkennen, wenn ein Persönlichkeitsrecht, ohne seelischen Schmerz, Angst, Schmerzen, Leiden, Unlustgefühl usw zu leben, festgestellt werden kann. Da solche Ansprüche im ungarischen Recht noch nicht anerkannt sind (was in Hinkunft noch erfolgen kann), können solche Nachteile durch Ersatzleistungen dann kompensiert werden, wenn sie einen Gesundheitsschaden (Geisteskrankheit) verursachen, da hier ein geschütztes Persönlichkeitsrecht betroffen ist. Die Voraussetzung einer Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten wurde zur allgemeinen Voraussetzung für die Zuerkennung von Ersatz von immateriellem Schaden, doch die Judikatur war widersprüchlich bezüglich der Frage, ob ein zusätzlicher erweisbarer Nachteil vorliegen musste, oder ob die rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten für sich allein zur Begründung eines solchen Anspruchs ausreichte (wie das Verfassungsgericht meinte, das auch die Absicht zum Ausdruck brachte, solche Rechte in vollem Umfang zu schützen). Eines der Hauptziele des Gesetzgebers bei der Einführung einer Abfindung anstelle des Ersatzes von immateriellem Schaden war die

120 Verfassungsgericht der Republik Ungarn 34/1992. (VI.1.) AB. hat.

121 *Lábady,* A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata (1992) 32.

Lösung dieses Problems und die Klarstellung, dass kein zusätzlicher erweisbarer Nachteil vorliegen muss, damit Ausgleich für rechtswidrige Beeinträchtigung geschützter Persönlichkeitsrechte erlangt werden kann.

4/78 Da der Schutz von Persönlichkeitsrechten auf einer Generalklausel und offenen Begriffen beruht, können die Gerichte Persönlichkeitsrechte begründen, wie sie das zB bezüglich des Rechts auf Bildung getan haben[122], um Ansprüche auf Ersatz von immateriellem Schaden zu schaffen, wo sie dies für erforderlich halten, oder einen Anspruch mit dem Hinweis auf das Fehlen einer Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten abzuweisen, wo sie keinen Ersatz immateriellen Schadens zusprechen wollen. In einem Fall, in dem es feststellte, dass die Geburt eines gesunden Kindes keinen Grund bilden konnte, Ersatz für immateriellen Schaden zuzusprechen[123], hat das Oberste Gericht vermieden, sein Urteil auf eine moralische Wertung zu gründen, oder auf Argumente bezüglich des Schadensbegriffs oder die moralischen Werte von Geburt und Leben, sondern es begründete seine Entscheidung damit, dass die Klägerin nicht zeigen konnte, dass ihre Persönlichkeitsrechte beeinträchtigt worden waren. Das Recht auf Familienplanung wurde in der Resolution zur Rechtsvereinheitlichung des Obersten Gerichts angesprochen, die sich mit Ansprüchen aus unerwünschtem Leben befasst, und das Recht, in einer vollzähligen Familie zu leben, ist auch die Grundlage für die Zuerkennung von Schadenersatz an Angehörige direkter Opfer von Unfällen und anderen Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten[124]. Bei der Zuerkennung von Schadenersatz für Unannehmlichkeiten und Verlust von Urlaubsfreude im Zusammenhang mit Reiseverträgen hat das Gericht jedoch seine Entscheidung nicht mit der Verletzung von Persönlichkeitsrechten begründet. Somit scheinen in der Judikatur noch einige dogmatische Ungereimtheiten zu existieren.

4/79 Obwohl argumentiert wird, dass im Zusammenhang mit dem Ersatz für immateriellen Schaden das Erfordernis eines Schadens als Haftungsvoraussetzung ersetzt werden sollte durch rechtswidrige Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten des Opfers, und der Geschädigte berechtigt sein sollte, Ersatz für immateriellen Schaden ohne den Nachweis eines realen Schadens, oder von Kosten oder Verlust im traditionellen Wortsinn zu begehren[125], muss diese Sicht erst von der Judikatur akzeptiert werden. Ersatz für immateriellen Schaden als Ausgleich für bloße Furcht zuzusprechen, würde erfordern, dass Furcht von vornherein als rechtswidrige Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Opfers qualifiziert wird. Die Judikatur scheint trotz des Vorliegens von Entscheidungen durch

122 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. IX. 26.426/2001. sz. BH 2004. Nr 235.

123 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 26.339/2001. sz. EBH 2003. Nr 941 und BH 2004. Nr 143.

124 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.436/2010. sz. BH 2011. Nr 248; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.650/2009. sz. EBH 2009. Nr 2043.

125 *Lábady,* A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata 31. und *Petrik,* Kártérítési jog (2002) 74.

Untergerichte, die in diese Richtung weisen[126], nicht bereit zu sein, eine solche Ausweitung des Begriffs von Persönlichkeitsrechten oder des Begriffs immateriellen Schadens vorzunehmen. Wenn Furcht zu einem normalerweise ersatzfähigen Schaden führt, zB zu einer Wertminderung eines Grundstücks (zB wegen der Annahme von Strahlenbelastung durch den Betrieb eines Mobiltelefon-Sendeturms auf dem Nachbargrundstück)[127], oder zu einer psychiatrischen Erkrankung (als immateriellem Schaden)[128], so ist dieser Schaden zu ersetzen, doch bloße Furcht ist für sich allein in der Judikatur des ungarischen Obersten Gerichts bisher nicht als ersatzfähiger Schaden anerkannt worden.

Um Ersatz für immateriellen Schaden zuzusprechen, scheint das Oberste Gericht den Nachweis zu verlangen, dass aus der rechtswidrigen Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten ein Nachteil erwachsen ist. Da jedoch die erkennbaren Erwägungen hinter diesem Ansatz darauf gerichtet scheinen, die Kompensation von Bagatellfällen auszuschließen, ist die Bedeutung dieses Konflikts zwischen Theorie und Praxis unklar[129]. Bei der Vorbereitung des Zivilgesetzbuchs 2013 wurde vorgeschlagen, eine Bestimmung zu formulieren, die für solche Fälle unter der Geringfügigkeitsschwelle *(de minimis non curat praetor)* die Zuerkennung der Abfindung, die an die Stelle des Ersatzes von immateriellem Schaden getreten war, ausschließt. Doch dieser Vorschlag wurde nicht angenommen. Trotzdem scheint es, dass Gerichte zögern, Ersatz immateriellen Schadens zuzusprechen, wenn der Schaden nicht ein Mindestausmaß erreicht hat, oder die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte unerheblich war. **4/80**

In der ungarischen Judikatur und Lehre ist nie in Frage gestellt worden, dass juristische Personen (einschließlich Gesellschaften) Persönlichkeitsrechte haben, dass diese beeinträchtigt werden können, und dass sie deshalb Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens haben können[130]. Juristische Personen haben Rechte, sofern diese nicht kraft ihrer Natur nur physischen Personen zustehen. **4/81**

Die Zuerkennung von Schadenersatz für die Verletzung von Werten, die auf Grund ihrer Unübertragbarkeit nicht in Geld ausgedrückt werden können, hat sicher zur Folge, dass die Rechtsordnung in Geld messbar macht, was nicht in Geld messbar sein sollte. Das war einer der Gründe dafür, dass im Zuge der Kodifikation des Zivilgesetzbuchs von 1959 die Zuerkennung von Ersatz für immaterielle **4/82**

126 So verweist das Oberste Gericht auf die Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz in Legf. Bír. Pfv. III. 20.911/2007. sz. EBH 2007. Nr 1691.

127 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.543/2007. sz. BH 2008. Nr 211.

128 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.334/2007. sz. EBH 2007. Nr 1694; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.147/2005. sz. BH 2007. Nr 6.

129 Das Oberste Gericht wies den Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens ab, da das Opfer zwar zwei Wochen lang krank war, doch ohne weitere Komplikation gesundet ist. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 24.313/1998 sz. BH 2001. Nr 12.

130 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. IV. 21.127/1999. sz. BH 2001. Nr 110.

Schäden abgelehnt wurde. Diese Tendenz scheint jedoch unvermeidbar zu sein. Würde das Recht bei Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten die Zuerkennung von Ersatz für immaterielle Schäden verweigern, hätte dies zur Folge, dass das Schutzniveau für diese Rechte abfiele (Strafrecht kann nicht angemessenen Schutz gegen alle Mitglieder der Gesellschaft oder Marktteilnehmer bieten, insbesondere nicht gegen juristische Personen), und das wäre eine gesellschaftlich inakzeptable Konsequenz. Wenn das Recht nicht Personen daran hindert, untereinander auf den Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte zu verzichten, ist eine solche Bemessung in Geld unvermeidlich[131]. Es scheint eine zwangsläufige Entwicklung im Recht darzustellen, dass der Schutz von Rechten und rechtlichen Interessen zu einer Kommerzialisierung führt.

4/83 Die Unterscheidung zwischen dem Ersatz von materiellem und immateriellem Schaden erscheint schwierig in Fällen, in denen sowohl materieller Schaden als auch eine Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten eingetreten ist. Vor der Einführung von Ersatz für immateriellen Schaden im ungarischen Zivilgesetzbuch im Jahr 1977 dachte man, dass der Eintritt von immateriellem Schaden immer mit materiellem Schaden verknüpft sei oder in diesem inbegriffen wäre. Gerichte sollten deshalb Ersatz für immateriellen Schaden als Teil eines Pauschalbetrags zusprechen.

4/84 Der Schadensbegriff impliziert soziale Wertungen und moralische Prinzipien. Es mag auch eine Frage der Legitimität darstellen, wenn die Gerichte oder der Gesetzgeber die Ersatzfähigkeit eines Schadens bestimmen. Ob die *Geburt eines Kindes* die Grundlage für einen Schadenersatzanspruch bilden kann, ist eine der heikelsten Fragen des Schadenersatzrechts. Wenn ein geistig behindertes Kind geboren wird, weil die Ärzte fahrlässig unterlassen haben, über den Zustand des Fötus richtig zu informieren, und dadurch die Eltern daran gehindert haben, sich für einen Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden, sollen die *Eltern* berechtigt sein, Ersatz für materiellen sowie immateriellen Schaden zu begehren (unerwünschte Geburt). Diese gefestigte Judikatur des ungarischen Obersten Gerichts entspricht dem Trend europäischer Rechtsordnungen[132]. Von der Lehre werden allerdings auf der Grundlage gefestigter moralischer Wertungen gewichtige Argumente dafür vorgebracht, Ansprüche aus der Geburt eines Kindes abzuweisen[133]. In Fällen *unerwünschten Lebens* hat das ungarische Oberste Gericht entschieden, dass das *Kind* nicht berechtigt ist, Ersatz materiellen oder immateriellen Schadens vom medizinischen Dienstleister mit der Begründung zu fordern, es sei mit

131 Tendenz zur Anerkennung eines Verwertungsrechts im Recht der USA.

132 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.193/2004. sz. EBH 2005. Nr 1206 und BH 2005. Nr 394. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 24.931/2002. sz. BH 2005. Nr 18.

133 *Z. Navratyil,* Keresztülhúzott családtervezés: a gyermek, mint kár, Jogtudományi Közlöny 64 (2009) Nr 7-8, 321.

genetischen Defekten oder Missbildungen geboren worden, weil seine Mutter wegen unrichtiger Informationen, die ihr vom medizinischen Dienstleister gegeben wurden, nicht zugunsten eines Schwangerschaftsabbruchs entscheiden konnte, obwohl ein solcher in einem solchen Fall zulässig gewesen wäre. Die Verordnung zur Rechtsvereinheitlichung ist auf Fälle unerwünschten Lebens beschränkt, dh auf Fälle, in denen die genetische Abweichung oder Missbildung natürlichen Ursprungs ist und sich unabhängig von der Tätigkeit des medizinischen Dienstleisters oder seiner Dienstnehmer entwickelt hat. So sind Schadenersatzansprüche wegen pränataler Verletzungen (Ersatz für Schaden, der durch ärztliche Intervention während der Schwangerschaft hervorgerufen wurde) von der Lösung nicht betroffen. Die Verordnung schließt einen Anspruch des Kindes wegen unerwünschten Lebens aus, betrifft aber nicht die Ansprüche von Eltern. Die Notwendigkeit der Erlassung einer solchen Verordnung über Schadenersatz wegen unerwünschten Lebens hat sich ergeben, obwohl das Oberste Gericht in ständiger Rechtsprechung solche Ansprüche anerkannt hatte[134], denn seine Auslegung deckte sich nicht mit jener anderer hoher ungarischer Gerichte, die ebenfalls ihre Auffassung erklärten und publizierten, wonach solche Ansprüche des Kindes abzuweisen seien[135]. Nicht nur das Spannungsverhältnis, das auf Grund abweichender Judikatur hoher Gerichte entstanden war, sondern auch die deutliche Abweichung von den Tendenzen in anderen europäischen Rechtsordnungen[136] haben das Oberste Gericht bewogen, seine Praxis in solchen Fällen zu ändern. Im Ergebnis, offensichtlich beeinflusst durch die Judikatur anderer europäischer Staaten und in der klaren Absicht, die ungarische Judikatur mit der Tendenz der Ablehnung solcher Ansprüche in den meisten europäischen Rechtsordnungen zu harmonisieren, hat sich das Oberste Gericht entschlossen, seine früheren Entscheidungen zu revidieren und eine einheitliche Praxis der Abweisung von Ansprüchen auf Schadenersatz wegen unerwünschten Lebens einzuführen. Die Entscheidung wurde auch durch Argumente unterstützt, die sich auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie auf verfassungsrechtliche Aspekte beriefen. Die Wirkung der Erlassung einer solchen Verordnung im ungarischen Recht ist in dem von der Verordnung erfassten Bereich rechtsschöpferisch im Sinne einer authentischen Interpretation, die auch der Gesetzgeber geben hätte können, vielleicht hätte geben sollen. Die Notwendigkeit der Erlassung einer solchen Verordnung im ungarischen Recht stützt das Argument, dass derart sensible Fragen vom Gesetzgeber angesprochen werden könnten und sollten, selbst wenn dies nicht dem flexiblen System des

134 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.193/2004. sz. EBH 2005. Nr 1206.
135 Richtlinie des Zivilkollegiums des Tafelgerichts Pécs Nr 1/2006. (VI. 2.), Richtlinie des Komitatsgerichts Csongrád, zitiert in den Erläuternden Bemerkungen zur Verordnung des Obersten Gerichts zur Rechtsvereinheitlichung.
136 Ausdrücklich zitiert in den Erläuternden Bemerkungen zur Verordnung des Obersten Gerichts zur Rechtsvereinheitlichung.

Schadenersatzrechts entspräche. In einer demokratischen Gesellschaft scheint der Gesetzgebungsprozess, der zur Kanalisierung und Harmonisierung verschiedener gesellschaftlicher Wertungen und Interessen vorgesehen ist, in derart sensiblen Bereichen besser geeignet und mit mehr Legitimität ausgestattet, solche Prinzipien aufzustellen, als die Entscheidungen von Gerichten.

4/85 Der Begriff des ersatzfähigen Schadens ist in der ungarischen Rechtstheorie nicht entwickelt worden, und Gerichte beziehen sich nicht auf verschiedene Kategorien oder Vorstellungen von Schaden. Folgeschaden war eine besondere Kategorie im früheren Privatrecht vor dem Zweiten Weltkrieg. Die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und Folgeschaden, der entgangenen Gewinn einschloss, bildete in diesem System einen wichtigen Faktor der Haftungsbegrenzung. Der Täter wurde für Folgeschaden und Gewinnentgang nur dann zur Verantwortung gezogen, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hatte. Die Bedeutung dieser Unterscheidung ist jedoch im Zivilgesetzbuch von 1959 aufgegeben worden, das diese Kategorien nicht beibehalten hat.

4/86 In der ungarischen Schadenersatzliteratur wird eine Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden getroffen, die ein Kausalitätsproblem anspricht[137]. Sekundäre Einteilungen wie realer und nomineller Schaden, konkreter und abstrakter, natürlicher und normativer oder subjektiver und objektiver Schaden[138] werden im ungarischen Schadenersatzrecht nicht verwendet, und zwar weder in der Judikatur noch in der wissenschaftlichen Diskussion. Solche Ansätze können jedoch Bedeutung für die professionelle Methodik von Gerichtssachverständigen haben, die von den Gerichten zur Ermittlung des Schadens herangezogen werden. Diese Ermittlung gilt grundsätzlich als spezifische professionelle Angelegenheit, die von Sachverständigen zu beurteilen ist, und nicht so sehr als eine Rechtsfrage, die Gerichte zu entscheiden haben, mit Ausnahme des Problems der Ersatzfähigkeit, das eine Rechtsfrage darstellt, zB im Fall des Entgangs unrechtmäßigen Gewinns. Im Vertragsrecht ist eine Unterscheidung zwischen Primär- und Folgeschaden (mit undeutlichen begrifflichen Grenzen)[139] auf Rechtsbehelfe gegen mangelhafte Erfüllung angewendet worden, doch dieser Ansatz wurde nicht auf das Deliktsrecht erstreckt. Die Unterscheidung zwischen Erfüllungsinteresse und Vertrauensschaden (oder positivem und negativem Interesse)[140] findet auch im ungarischen Schadenersatzrecht Anwendung. Ihre Entwicklung in der ungarischen Privatrechtstheorie hat an den Folgen ungültiger Verträge angesetzt und war stark von der deutschen Lehre beeinflusst[141]. Heute ist

137 *Gy. Eörsi,* A közvetett károk határai (1981); *A. Fuglinszky/A. Menyhárd,* Felelősség »közvetett« károkozásért, Magyar Jog 2003, 283.
138 *A. Fuglinszky,* Mangelfolgeschäden im deutschen und ungarischen Recht (2007) 118 ff.
139 *Fuglinszky,* Mangelfolgeschäden 162 ff.
140 *Gy. Eörsi,* A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve (1966) 75.
141 *L. Asztalos,* A polgári jogi szankció (1966) 229.

weder die wirkliche Natur dieser Kategorien (vertraglich oder deliktisch) noch ihr Inhalt klar. In der Praxis scheint die Unterscheidung zwischen Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse durch die Kategorien tatsächlicher Gewinn und verlorener materieller Vorteil ersetzt worden zu sein[142].

II. Kausalität

Die Folge der Feststellung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen ersatzfähigem Schaden und unrechtmäßigem Verhalten ist Haftung. Das bedeutet zwangsläufig, dass Kausalität ein Rechtsbegriff ist. Kausalität bildet ein Kernstück der Haftung. Trotzdem gehört sie in der ungarischen Rechtstheorie und Gerichtspraxis nicht zu den meistdiskutierten Problemen. Die deutsche Rechtsliteratur hat stets großen Einfluss auf das ungarische Rechtsdenken ausgeübt, und hätte insofern einen wichtigen Faktor darstellen können, als die Theorie ihren Blick traditionell auf den Gegensatz von rechtlicher und natürlicher Kausalität konzentriert und versucht hat, ein allgemeines Modell, eine allgemeine Beschreibung oder Theorie der Kausalität zu finden[143]. Diese Bemühungen haben zu keinen brauchbaren Ergebnissen geführt. Der Hauptgrund für ihr Versagen könnte darin liegen, dass sie versucht haben, den philosophischen Kausalitätsgedanken an juristische Zusammenhänge und Interpretation anzupassen[144]. In der sozialistischen Rechtstheorie trat die Präventionsfunktion der Haftung in den Vordergrund. Die Rolle der Kausalität in der Risikoverteilung wurde ebenfalls in den Kontext der Prävention gestellt. Haupttest für Kausalität war, ob das Recht einen Präventiveffekt auf Entscheidungen von Personen haben konnte, die zu einem Kausalzusammenhang beitrugen, der zum Schaden führte. **4/87**

Im Zivilgesetzbuch 1959 existierte keine Vorschrift, die eine normative Regelung oder ein Gerüst für die Kausalität geliefert hätte. Das Zivilgesetzbuch 2013 enthält ebenfalls keine detaillierte Regelung der Kausalität, bietet jedoch zwei Bestimmungen für ihre Beurteilung. Im Zusammenhang der Tätermehrheit sieht das Zivilgesetzbuch 2013 vor, dass die Bestimmungen über die Haftung mehrerer Täter auch dann Anwendung finden, wenn der Schaden durch eines von mehreren Verhalten verursacht worden sein könnte, die zur selben Zeit stattfanden, oder wenn nicht festgestellt werden kann, welches Verhalten den Schaden verursacht hat[145]. Diese Vorschrift ist die normative Umsetzung der Lösung **4/88**

142 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gfv. IX. 30.030/2005. EBH 2005. Nr 1220, BH 2005. Nr 364.
143 *J. Szalma,* Okozatosság és polgári jogi felelősség (2000) 9 ff.
144 *H. L. A. Hart/T. Honoré,* Causation in the Law (1985) 9 ff.
145 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:524 (4).

für alternative Kausalität bei natürlicher Verursachung. Die andere einschlägige Vorschrift betrifft rechtliche Kausalität, die im Schadenersatzrecht eine Vorhersehbarkeitsgrenze einzieht, indem sie anordnet, dass kein Kausalzusammenhang bezüglich solcher Schäden anzunehmen ist, die vom Täter nicht vorhergesehen wurden oder vorhergesehen werden mussten[146].

4/89 Auch im früheren Privatrecht, vor dem Zweiten Weltkrieg, wurde Kausalität im Schadenersatzrecht als komplexes Problem gesehen, das nur im Zusammenhang mit den anderen Haftungsvoraussetzungen betrachtet werden konnte: Verantwortlichkeit und Schaden. *Marton* beschrieb Kausalität als logischen Zusammenhang zwischen Schaden und Ursache. Er kritisierte den traditionellen Zugang, der das Kausalitätsproblem auf die Frage reduziert, ob das Verhalten eine Voraussetzung für die Annahme von Haftung ist, und der die Mängel der traditionellen Verschuldensdoktrin durch Modifikationen des Kausalzusammenhangs zu überdecken versucht, indem aus dem komplexen Geflecht natürlicher Ursachen erhebliche Ursachen ausgewählt werden[147]. Er behauptete, es bestehe kein Unterschied zwischen rechtlicher und natürlicher Kausalität. Rechtliche Kausalität sei mit natürlicher Kausalität ident, und der Begriff (oder die Lehre von) der Haftung sollte die Antwort auf die Frage geben, bis zu welchem Punkt wir in der Kausalitätskette zurückgehen sollten, um Haftung anzunehmen[148]. *Eörsi* betrachtet die Kausalität auch im Zusammenhang mit Rechtswidrigkeit und Verantwortlichkeit, die beiden weiteren Elemente der Haftung. Nach *Eörsi* ist mit Ausnahme der Fälle, in denen das Verhalten für sich allein ohne Rücksicht auf sein Ergebnis rechtswidrig ist, Kausalität in jedes Haftungselement involviert, doch Kausalität selbst ist keine unabhängige Haftungsvoraussetzung. Kausalität kann nicht abstrakt betrachtet werden, sondern nur im Hinblick auf die rechtspolitischen Erwägungen, nach denen Haftung angenommen wird[149].

4/90 Kausalität ist ein Element des »beweglichen Systems« des Schadenersatzrechts. Das bedeutet, dass das Gericht eine Wertung vornehmen muss, um die erhebliche(n) Ursache(n) aus der Kausalkette auszuwählen. Der Kausalzusammenhang muss zwischen der Pflichtverletzung (keinen Schaden zu verursachen) und dem Schaden festgestellt werden. Es genügt nicht, die objektive Kette von Ereignissen zu betrachten, die zum Schaden führen *(conditio sine qua non)* – der Richter muss die erhebliche Schadensursache ermitteln. Es handelt sich um eine Art von Adäquanztheorie[150].

146 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:521.

147 *Marton,* Kártérítés, in: K. Szladits (Hrsg), Magyar Magánjog III. (1941) 358 ff, 362, 365.

148 *Marton* in: Szladits (Hrsg), Magyar Magánjog III. 370 und *Marton,* A polgári jogi felelősség (1993) 168.

149 *Gy. Eörsi,* A jogi felelősség alapproblémái – a polgári jogi felelősség (1961) 472.

150 *Eörsi,* A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve 263.

Nach *Petrik* ist ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verhalten des Täters anzunehmen, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: der Schaden hätte ohne das Verhalten des Täters nicht eintreten können; das Verhalten ist dem Täter zuzurechnen; und es ist möglich, das Verhalten des Täters durch die Anwendung einer rechtlichekn Sanktion zu beeinflussen (die Sanktion kann eine Präventivwirkung haben)[151]. Dieser Ansatz beruht auf *Eörsis* Theorie und stellt eine starke Verbindung zwischen Rechtswidrigkeit und Verursachung her. Nach dieser Auffassung ist es dann, wenn das Recht keinen Präventiveffekt bezüglich des Verhaltens haben konnte, nicht sinnvoll nachzuforschen, ob ein solches Verhalten eine erhebliche Ursache des Schadens war. Die Frage der Rechtswidrigkeit, dh die Prüfung, ob das Verhalten dem geforderten Sorgfaltsmaßstab entsprach, erhebt sich nur, wenn die Feststellung von Haftung das Verhalten derselben Personen in derselben Situation beeinflussen konnte. Dieser Ansatz zieht keine klare Trennlinie zwischen Rechtswidrigkeit und Verursachung. **4/91**

Die Theorie analysiert nicht das Verhältnis von natürlicher und rechtlicher Kausalität, sondern betrachtet Kausalität als Zurechnungselement. Der conditio-sine-qua-non-Test, der für die Zurechnung verlangt, dass der Schaden ohne das Verhalten des Täters nicht eingetreten wäre, ist ein in Lehre und Judikatur allgemein anerkannter Ausgangspunkt zur Ermittlung des Kausalzusammenhanges. Auch Gerichte scheinen der Unterscheidung zwischen natürlicher und rechtlicher Kausalität keine besondere Wichtigkeit oder Bedeutung beizumessen, obwohl diese auch der ungarischen Rechtsliteratur geläufig ist[152]. **4/92**

Weder die Gesetzgebung noch die Praxis unterscheidet zwischen direkter und indirekter Verursachung, und in Theorie und Judikatur besteht die gefestigte Auffassung, dass eine Unterlassung als Schadensursache betrachtet werden kann. Die Verletzung einer Sorgfaltspflicht wird als Schadensursache behandelt, wenn der Schaden bei Erfüllung der rechtlichen Verpflichtung nicht eingetreten wäre. Der Täter ist für seine Unterlassung verantwortlich, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn er gemäß der Verpflichtung gehandelt hätte, die ihm vom Recht auferlegt war[153]. Im Falle einer Unterlassung wird Verantwortlichkeit dafür angenommen, einen Verursachungsprozess nicht in Gang gesetzt zu haben, der den Schaden verhindert hätte. Wenn die Pflichtverletzung nicht eine natürliche Schadensursache bildet, liegt kein Kausalzusammenhang vor. Wenn etwa ein Arzt zu spät zu einem Schwerverletzten gerufen wird oder zu spät bei ihm ankommt, jedoch bewiesen wird, dass der Verletzte auch dann gestorben wäre, wenn der Arzt früher anwesend gewesen wäre, ist die Unterlassung keine Schadensursache, und deshalb kann keine Verantwortlichkeit auf Grund einer Pflichtverletzung festge- **4/93**

151 *Petrik,* A kártérítési jog (2002) 27.
152 *A. Dósa,* Az orvos kártérítési felelőssége (2004) 97.
153 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959, Erläuterungen zu § 339.

stellt werden[154]. Dasselbe gilt für Fälle, in denen ein Arzt es unterlässt, pflichtgemäß den Patienten über mögliche Risiken und Nebenwirkungen einer Heilbehandlung oder eines Eingriffs aufzuklären. Wenn der Patient auch bei korrekter Information zugestimmt und nicht anders entschieden hätte, wird das Gericht den Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Informationspflicht mangels Kausalität abweisen[155]. Die Unterlassung kann auch eine erhebliche Schadensursache bilden, wenn eine rechtliche Handlungspflicht besteht, der Täter diese Pflicht durch sein Untätigbleiben verletzt, und der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn er gehandelt hätte. In diesem Fall sind alle Voraussetzungen erfüllt.

4/94 Das Zivilgesetzbuch 1959 enthielt eine spezielle Vorschrift für Schadensverursachung durch *mehrere Täter.* Gemäß § 344 Zivilgesetzbuch 1959 war dann, wenn Schaden gemeinsam durch zwei oder mehr Personen verursacht worden ist, deren Haftung gegenüber dem Opfer solidarisch. Ihre Haftung untereinander war im Verhältnis des jeweiligen Grades von Verantwortlichkeit geteilt. Wenn der Grad ihrer Verantwortlichkeit nicht festgestellt werden konnte, hafteten die verantwortlichen Personen zu gleichen Teilen. Das Gericht war berechtigt, Solidarhaftung festzustellen, und die Personen, die den Schaden verursacht haben, im Verhältnis zu den von ihnen verursachten Schadensteilen zur Haftung heranzuziehen, sofern das nicht den Ersatz des Schadens gefährden oder beträchtlich verzögern könnte, oder der Geschädigte selbst zum Eintritt des Schadens beigetragen, oder ohne entschuldbaren Grund die Geltendmachung seines Anspruchs verzögert hat[156]. In der Literatur und Judikatur besteht eine Kontroverse, ob die zwei oder mehr Personen mit einem bestimmten Grad gemeinsamen Vorsatzes handeln müssen, oder ob sie unabhängig voneinander handeln können, um für den Schaden solidarisch haftbar gemacht zu werden. In der Literatur werden Meinungen vertreten, denen zufolge ein gemeinsamer Vorsatz die notwendige Voraussetzung von Solidarhaftung bildet[157]. Diese Auffassung steht jedoch nicht in Einklang mit der rechtspolitischen Zielsetzung des Zivilgesetzbuchs 2013, die ausdrücklich besagt, dass ein

154 *Petrik,* A kártérítési jog 27.

155 *Dósa,* Az orvos kártérítési felelőssége 99.

156 Das Zivilgesetzbuch 2013 behält dieses System bei (§ 6:524). Wenn zwei oder mehr Personen gemeinsam Schaden verursachen, haften sie solidarisch. Das Gericht ist ermächtigt, die Täter von Solidarhaftung zu befreien, wenn das Opfer zum Eintritt des Schadens beigetragen hat, oder wenn dies unter besonderen Umständen und Billigkeitserwägungen vernünftig erscheint. Wenn das Gericht davon absieht, die Täter solidarisch haften zu lassen, soll es ihre Haftung im Verhältnis zum Ausmaß ihres unrechtmäßigen Verhaltens, oder wenn dieses nicht feststellbar ist, im Verhältnis zum Ausmaß ihres Beitrages bestimmen. Wenn auch das Ausmaß des Beitrages nicht bestimmbar ist, wird der Schaden von allen Tätern zu gleichen Teilen getragen. Die Bestimmungen bezüglich einer Tätermehrheit sind anzuwenden, wenn der Schaden durch eine von mehreren Verhaltensweisen, die gleichzeitig stattfanden, verursacht hätte werden können, aber nicht feststellbar ist, welches Verhalten den Schaden verursacht hat.

157 *B. Kemenes/L. Besenyei,* A kártérítés általános szabályai, in: G. Gellért (Hrsg); A Polgári Törvénykönyv Magyarázata (2002) 110 ff, 1120.

gemeinsamer Vorsatz mehrerer Täter keine Voraussetzung dafür bildet, sie als Mittäter oder Tätermehrheit zu behandeln. Authentischere Auslegungen betonen auch den objektiven Charakter der Beurteilung, und dass ein gemeinsamer Vorsatz nicht Voraussetzung gemeinsamer Haftung ist; das Ziel des Verhaltens der Täter ist unerheblich. Wenn zB zwei Fahrzeuge kollidieren und als Folge des Unfalls jemand, der in einem der Fahrzeuge sitzt, verletzt wird, werden die beiden Lenker als Tätermehrheit betrachtet und haften solidarisch[158]. Eine bloße Wechselbeziehung in der Verursachung genügt jedoch nicht immer für die Heranziehung zu gemeinsamer Haftung. Wenn jemand aus Fahrlässigkeit seine Verpflichtung nicht erfüllt, und dies einem anderen ermöglicht, Schaden zu verursachen, so wird er solidarisch mit dem Täter haften, der den Schaden direkt verursacht hat. Die zwei Hauptprinzipien für die Annahme solidarischer Haftung waren Prävention und eine bessere Aussicht des Klägers, Ersatz zu erlangen. Die Unterscheidung zwischen einer – solidarisch haftenden – Tätermehrheit und mehreren unabhängig voneinander haftenden Tätern kann in der Art der Verursachung gefunden werden: die Täter bilden eine solidarisch haftende Tätermehrheit, wenn das Verhalten jedes einzelnen eine conditio sine qua non ist, doch die Täter werden nicht solidarisch haften, wenn keine kausale Wechselbeziehung zwischen ihrem schädlichen Verhalten besteht oder die Wechselbeziehung zu weit entfernt ist. Wenn jemand zB einen Fahrzeugunfall verursacht, und die verletzte Person eine nichttödliche Verletzung erleidet, jedoch stirbt, weil der Chirurg fahrlässig handelt, haften die beiden Täter nicht solidarisch[159]. Solidarhaftung findet also statt, wenn das Verhalten jedes Täters eine conditio sine qua non für den ganzen und denselben Schaden ist. Diese Feststellung muss dahingehend ergänzt werden, dass Solidarhaftung auch dann eintritt, wenn der Schaden durch eine oder mehrere Arten von Verhalten verursacht worden sein konnte, die gleichzeitig stattfanden, oder nicht ermittelt werden kann, welches Verhalten den Schaden verursacht hat[160]. Das bedeutet, dass bei Tätermehrheit der Beitrag zur Schaffung eines Risikos zur Feststellung eines Kausalzusammenhangs führen kann. Bezüglich Tätermehrheit und Feststellung von Solidarhaftung konzentriert sich das Schadenersatzrecht auf die Kausalität, wo der Schaden die Kette von Ereignissen und Verhalten, die zum Schaden beigetragen haben, in einen »gemeinsamen« Kausalzusammenhang integriert, und nicht auf den Vorsatz der Täter. Ob die Täter tatsächlich einander bezüglich ihres Bewusstseins, Vorsatzes oder Verhaltens beeinflusst haben, ist unerheblich. Wenn zB einige Personen übereinkommen, ein Verbrechen zu begehen, und eine von ihnen behauptet, die anderen hätten dieses begangen, auch wenn sie sich nicht beteiligt hätte, wird dieses Vorbringen nicht beachtet, selbst wenn

158 *Benedek/Világhy,* A Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban (1965) 349.
159 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1959. Anmerkungen zu § 344.
160 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:524 (4).

es der Wahrheit entspräche. Deshalb wird psychologische Kausalität in solchen Fällen überhaupt nicht berücksichtigt[161]. Es ist auch unerheblich, ob einzelne Täter jeweils von den Handlungen der anderen Kenntnis hatten. Gemeinsame Verursachung kann auch dann angenommen werden, wenn die Haftungsgrundlagen verschieden sind. Wenn zB ein Fahrzeuglenker einen Unfall verursacht, weil er bezüglich der Beachtung der Verkehrsregeln fahrlässig gehandelt hat, trifft den Eigentümer des Fahrzeugs die strikte Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit[162], während den Lenker normale Verschuldenshaftung trifft, doch sie werden als Tätermehrheit betrachtet und haften solidarisch gegenüber den Unfallopfern.

4/95 Bei der Feststellung, dass der Beklagte zum Kausalzusammenhang beigetragen hat, der zum Schadenseintritt führte, obliegt die Beweislast hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Beklagten und der Verletzung dem Opfer. Wenn das Opfer entweder durch das Handeln einer Person oder durch einen Zufall verletzt worden sein könnte, und der Kläger nicht beweisen kann, dass die Person die Verletzung oder den Tod des Opfers verursacht hat, wird sein Anspruch abgewiesen. Die Gerichte können in manchen Fällen das Problem durch die Feststellung von Solidarhaftung lösen, doch dies nur dann, wenn die Gefahr eine indirekte Ursache der Verletzung oder des Todes war, dh dem conditio-sine-qua-non-Test hinsichtlich der Gefahr entsprochen wird. Die Beweislast wird von ungarischen Gerichten sehr genau beachtet. Wenn die Ursache des Schadens unbekannt ist, kann der Kläger die Verantwortlichkeit des Beklagten nicht auf der Grundlage allgemeiner Haftungsvorschriften begründen. Deshalb wird dieses Problem weder in der Literatur erörtert noch in der Judikatur angesprochen. Wenn bewiesen wird, dass ein bestimmter körperlicher oder geistiger Zustand des Opfers seine Verletzung hervorgerufen, doch ein bestimmtes Ereignis diesen Zustand verschlechtert und deshalb den Schadenseintritt beschleunigt hat, kann Haftung für dieses Ereignis festgestellt werden[163].

161 In einem Fall, in dem drei Personen ein Fahrzeug stahlen, wurde eine von ihnen nachhause gebracht, dann fuhren die beiden anderen Diebe weiter und erlitten nach einiger Zeit einen Unfall, in dem das Fahrzeug beschädigt wurde. Die zuhause gebliebene Person wurde auch für den bei dem Unfall erlittenen Schaden haftbar gemacht. Es war in diesem Fall völlig unerheblich, ob sie anwesend war oder irgendeinen Einfluss auf die Entscheidungen, den Vorsatz oder das Verhalten des Lenkers hatte. Oberstes Gericht, P. törv. V. 20 883/1979. sz. BH 1980. Nr 471.

162 Zivilgesetzbuch 1959 § 345 (1). Der Betreiber einer außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit ist verpflichtet, den aus ihr entstandenen Schaden zu ersetzen. Er ist von Haftung befreit, wenn er beweist, dass der Schaden aufgrund einer unvermeidlichen Ursache eingetreten ist, die außerhalb des Tätigkeitsbereichs lag. Zivilgesetzbuch 2013 § 6:535 (1). Der Betreiber einer außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit ist verpflichtet, den aus ihr entstandenen Schaden zu ersetzen. Er ist von der Haftung befreit, wenn er beweist, dass der Schaden aufgrund einer unvermeidlichen Ursache eingetreten ist, die außerhalb seines Tätigkeitsbereichs lag.

163 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. IV. 21.910/2001. sz. EBH 2002. Nr 626.

Nach Theorie und Praxis kann eine Tätermehrheit auch durch aufeinanderfolgende Ereignisse zustande kommen: Der Dieb und der Hehler gestohlener Sachen bilden eine Tätermehrheit oder sind Mittäter und haften solidarisch, auch wenn sie nicht gemeinsam gehandelt haben und der Hehler nicht Beihilfe zum Diebstahl geleistet hat[164]. Aus dieser Denkweise bezüglich gemeinsamer Verursachung und Tätermehrheit folgt, dass das Vorbringen des Empfängers, der Dieb hätte die gestohlenen Sachen einem anderen gegeben, wenn er sie nicht genommen hätte, nicht akzeptiert würde, auch wenn es sich so verhalten hätte. *Eörsi* versucht, die Tätermehrheit durch folgendes Beispiel zu erläutern: D verursacht eine Verletzung des P, der sich wegen der Verletzung in Spitalsbehandlung begeben muss. Wenn P im Spital stirbt, wird die direkte Ursache seines Todes darüber entscheiden, ob D verhältnismäßig oder solidarisch mit dem Spital haften wird. Wenn P wegen eines Brandes stirbt, der im Spital ausgebrochen ist, sind die beiden Ursachen (Verletzung und Feuer) unabhängig, es liegt keine gemeinsame Verursachung vor; D und das Spital bilden keine Tätermehrheit: beide sind für den Schaden verantwortlich, den sie jeweils verursacht haben. Wenn P im Spital wegen eines ärztlichen Fehlverhaltens in der Spitalsbehandlung stirbt, bilden D und das Spital eine Tätermehrheit und haften solidarisch, denn der Unfall ist eine erhebliche Ursache für den Tod des Patienten. Wenn P im Spital infolge einer Infektion im Spital oder in der Stadt stirbt, hängt das Vorliegen einer Tätermehrheit davon ab, ob die Verletzung das Infektionsrisiko erhöht hat. Wenn ja (zB weil die Verletzung Ps Immunsystem geschwächt hat), bilden D und das Spital eine Tätermehrheit und haften solidarisch[165]. **4/96**

Es gibt Fälle, in denen festgestellt werden kann, dass der Beklagte an einer Kette von Ereignissen teilnahm, die zum Schaden geführt haben, es jedoch unmöglich ist aufzuklären, ob der Schaden auch ohne sein Verhalten eintreten hätte können. In solchen Fällen würde, da die Beweislast das Opfer trifft, die Unmöglichkeit zu beweisen, wer den Schaden verursacht hat, dazu führen, dass kein Ersatz geleistet wird. Das Beweiserfordernis bzw der Beweisnotstand würde in Fällen, in denen Schaden und Verschulden klar auf der Hand liegen und der kleine Kreis möglicher Täter bekannt ist, zur Verweigerung des Ersatzes führen. Das Präventionsprinzip könnte durch Abweisung des Anspruchs in diesen Fällen ebenfalls geschwächt werden. Andererseits könnte der Verzicht auf den Beweis des Kausalzusammenhangs durch das Opfer nicht nur die Struktur des Schadenersatzrechts unterminieren, sondern auch die Gefahr mit sich bringen, dass jemand ohne Rechtsgrund für verantwortlich erklärt wird, was zu ungerechten Ergebnissen führen würde. **4/97**

164 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.290/2001. sz. BH 2004/135. sz.

165 *Eörsi,* A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve 332.

4/98 In ihrem Bestreben, der Struktur und dem begrifflichen Rahmen des Schadenersatzrechts treu zu bleiben, haben die Gerichte verschiedene Lösungen für dieses Problem gefunden. Die erste besteht darin, dass sie Teilverursachung annehmen, wenn der Beklagte zum Schaden des Klägers beigetragen hat, aber nicht die einzige Schadensursache war. Man geht davon aus, dass in solchen Fällen der Beklagte nicht für den ganzen Schaden verantwortlich gemacht werden kann, da andere mitwirkende Ursachen vorliegen, die zum Schaden des Opfers geführt haben. Der Beklagte kann nicht für jenen Teil verantwortlich gemacht werden, der durch äußere Umstände (wie das Wetter, Naturkräfte usw) oder durch andere Täter verursacht wurde. Der Täter haftet also (nur) im Verhältnis seines Beitrags zum Kausalzusammenhang, der zum betreffenden ersatzfähigen Schaden führt. Obwohl die Gerichte folglich vermeiden, eine Wahrscheinlichkeit zu prüfen oder überhaupt von einer solchen zu sprechen, bewirkt diese Theorie im Ergebnis, dass in bestimmten Fällen die erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts einen Kausalzusammenhang als mitwirkende Verursachung herstellen kann, und die Haftung des Täters auf das Verhältnis seines Beitrags zum Schaden beschränkt wird[166]. Die Argumentation der Gerichte bezieht sich auf Teilverursachung, doch die Entscheidungen können praktisch Schadensteilung bewirken. Die Teilbarkeit des Schadens wird in den vorliegenden Entscheidungen in diesem Zusammenhang nicht angesprochen, sie kann jedoch als Voraussetzung für die Auferlegung von Haftung für lediglich einen Teil des Schadens angesehen werden.

4/99 Die zweite Lösungsvariante besteht darin, dass die Gerichte die Vorschriften über die Haftung bei Tätermehrheit anwenden. Wenn festgestellt werden kann, dass der Beklagte an einer Tätigkeit teilgenommen hat, die zum Schaden geführt hat, kann seine Haftung als Haftung eines von mehreren Tätern bestimmt werden. In solchen Fällen prüft das Gericht nicht, ob das Verhalten des Beklagten conditio sine qua non des eingetretenen Schadens war, da es unerheblich ist, ob es der Beklagte war, dessen Verhalten tatsächlich den Schaden bewirkt hat, oder ob die anderen Täter (von denen einer das schädigende Verhalten gesetzt hat) an der Tätigkeit mitgewirkt hätten, wenn der Beklagte nicht teilgenommen hätte. Die Gerichte suchen vermutlich die Lösung des Problems zu vermeiden, das sich ergibt, wenn mehrere Personen an der schädigenden Tätigkeit teilgenommen haben, aber nur einer oder einige von ihnen unmittelbare Täter sein konnten, und das Opfer nicht genug Information hat, ihn oder sie zu identifizieren, so dass auf Grund der ihm obliegenden Beweislast der Anspruch abgewiesen würde. Die logische Grundlage dieses Ansatzes könnte das Risiko sein, das von mehreren Personen geschaffen wurde, unter denen sich der Beklagte befand. Der Ansatz verlagert die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden

166 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VIII. 20.831/2009. sz. BH 2010. Nr 64.

auf den Kausalzusammenhang zwischen der Schaffung eines Risikos und dem Eintritt eines Schadens. Die dahinterstehende prozessuale Logik besagt, dass eine Mehrheit von Tätern solidarisch für den gesamten Schaden haftbar ist, es jedoch nicht erforderlich ist, dass alle Täter am Zivilprozess teilnehmen. Wenn daher nur einer der Täter, der an der Handlung teilgenommen hat, die das zum Schaden führende Risiko geschaffen hat, oder die zur Kette von Ereignissen beigetragen hat, welche die Entstehung des Schadens ermöglicht hat, am Verfahren als Beklagter teilnimmt, kann die Haftung dieser Person für den gesamten Schaden ausgesprochen werden. Der Umstand, dass der Schaden tatsächlich durch eine oder mehrere der anderen Personen aus der Tätermehrheit verursacht worden sein könnte, ist unerheblich. Dies ist nur im Hinblick auf das Problem der Haftungsverteilung unter den Tätern wichtig, nicht aber für die Feststellung der Haftung des Beklagten gegenüber dem Opfer[167]. Diese Lösungen würden die Tür zu einem neuen Kausalitätsbegriff öffnen, wenngleich auf beschränkte Weise. Nach diesem Gedanken könnte eine Erhöhung des Risikos eines Schadenseintritts einen (natürlichen) Kausalzusammenhang bilden. Ein solcher Ansatz, der auch in der Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts vorgeschlagen wird, könnte eine passende Lösung für die Mängel des conditio-sine-qua-non-Tests bieten (der auch im ungarischen Schadenersatzrecht vorherrscht) und eine gute Grundlage für die Einführung einer Marktanteilshaftung, für Kausalität im »Jägerfall«, oder für die Bejahung der Haftung bilden, wenn das Verhalten die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Schadens erhöht hat, man jedoch nicht feststellen kann, ob das Opfer den Schaden wegen dieses erhöhten Risikos erlitten hat, oder ihn auch sonst erlitten hätte[168]. Ein solcher neuer Zugang zur Kausalität könnte Probleme lösen, denen Theorie und Praxis bei der natürlichen Kausalität gegenüberstehen, doch weder in der Lehre noch in der Judikatur wird ein solcher neuer Gedanke ausgeführt. Die Entscheidungsbegründungen der Gerichte sind diesbezüglich zumeist unklar. Man kann eine gewisse Beweglichkeit bemerken, die zeigt, dass die Gerichte nicht auf der Anwendung des conditio-sine-qua-non-Prinzips bestehen, wenn sie merken, dass dies zur Abweisung eines legitimen Anspruchs gegen einen Beklagten führen würde, der zur Entstehung des Risikos eines Schadenseintritts beigetragen hat, obwohl dies vielleicht nicht zum Eintritt des Schadens geführt hat.

In der Judikatur zeichnet sich eine neue Tendenz ab, die Beweislast bezüglich **4/100**
des Kausalzusammenhangs umzukehren. Ungarische Gerichte scheinen zu finden,

167 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. VI. 21. 525/1993. sz. BH 1995. Nr 214; Oberstes Gericht, P. törv. V. 20 883/1979. sz. BH 1980. Nr 471; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.290/2001. sz. BH 2004. Nr 135.

168 Wenn sich zB wegen toxischer Emissionen einer Fabrik bei Personen, die in der Gegend leben, Gesundheitsschäden um einen bestimmten Prozentsatz erhöhen, es jedoch unmöglich ist festzustellen, ob das Opfer zu jener Gruppe gehört, die Gesundheitsschaden auch ohne Emissionen erlitten hätte, oder ob es den Gesundheitsschaden nur wegen der Emissionen erlitten hat.

dass in manchen Fällen eine strenge Anwendung des conditio-sine-qua-non-Tests und der Beweislastregel bezüglich des Kausalzusammenhangs zu einer sozial ungerechten und deshalb unangebrachten Risikozuweisung führen könnte, und sie suchen deshalb nach Wegen, dieses Ergebnis zu korrigieren, insbesondere in Fällen asymmetrischer Information, in denen das Opfer auf Grund seiner Lage nicht die für den Beweis nötige Information zur Verfügung stellen kann, während das Risiko fehlender Information vernünftigerweise dem Beklagten zugeschoben werden sollte. Das typische Gebiet, auf dem diese Entwicklung beobachtet werden kann, ist ärztliches Fehlverhalten. In den jüngst vergangenen Jahren ist eine klare Tendenz bemerkbar, das Unsicherheitsrisiko bezüglich der Kausalität in Arzthaftungsfällen auf die Gesundheitsdienstleister zu verlagern. In dieser Fallgruppe scheinen die Gerichte zu akzeptieren, dass das Opfer seiner Beweislast bezüglich des Kausalzusammenhanges entsprochen hat, selbst wenn unklare, unentdeckte Umstände des Falles bestehen bleiben, wie der unbekannte Ursprung von Verletzungen oder Krankheiten. In manchen Fällen kehren Gerichte die Beweislast bezüglich des Kausalzusammenhangs um, indem sie vom beklagten Gesundheitsdienstleister den Beweis des Fehlens eines Kausalzusammenhangs verlangen, wenn seine Ärzte im Zusammenhang mit unklaren Umständen des Falles nicht ihrer Sorgfaltspflicht entsprochen haben[169]. Diese Tendenz, das Risiko ungewisser Verursachung auf den Gesundheitsdienstleister oder andere potentielle Täter zu verlagern, tritt in Personenschadens- oder Arzthaftungsfällen deutlich in Erscheinung, hat sich jedoch noch nicht als allgemeine Regel durchgesetzt. Obwohl es in der Argumentation zum Ausdruck kommt und anerkannt wird, dass Veränderungen der Chancen einen Kausalzusammenhang bilden können, und dass eine Erhöhung des Schadensrisikos einen Kausalzusammenhang und Haftung von Gesundheitsdienstleistern begründen kann, ist die Lehre vom Verlust einer Chance im ungarischen Schadenersatzrecht nicht anerkannt worden, weder als Typ ersatzfähigen Schadens noch als ausreichender Kausalzusammenhang. Als Ergebnis einer neueren Entwicklung im Zusammenhang mit der Arzthaftung und der Haftung für immateriellen Schaden scheint die Judikatur anzuerkennen, dass eine Erhöhung des Schadensrisikos Haftung auslösen kann. In einer 2006 veröffentlichten Entscheidung hat das Oberste Gericht die Haftung von Ärzten auf Grund einer Fehldiagnose bejaht, die zu einem erhöhten Risiko führte, geistig behinderte Kinder zu gebären, und den Kindern und ihren Eltern Ersatz für materiellen und immateriellen Schaden zugesprochen[170]. Diese Tendenz wurde in einer anderen Entscheidung des Obersten Gerichts bestätigt[171], die Schadenersatz auf der Grundlage zusprach, dass die Ärzte es bei der Behandlung eines neugeborenen Kindes unterließen, das

169 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.598/2008 sz. EBH 2009. Nr 1956.
170 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.028/2006. sz. BH 2006. Nr 360.
171 Oberstes Gericht, Legf. Bír. III. 21.191/2007. sz. BH 2008. Nr 184.

Risiko von Meningitis und ihrer Folgen zu reduzieren, obwohl sie das Risiko erkennen hätten sollen, dem das Kind ausgesetzt war[172]. In einer jüngst ergangenen Entscheidung[173] hat das Oberste Gericht deutlich formuliert, dass der Verlust einer Heilungschance einen Kausalzusammenhang zwischen dem Tod des Patienten und dem Schaden des Klägers herstellen könne. Obwohl solche Fälle in der Kategorie »Verlust einer Chance« dargestellt und berichtet worden sind, ging es weder um vorhandene Unsicherheiten, noch wurden Wahrscheinlichkeiten erörtert. Was die Gerichte tatsächlich unternahmen, war eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Verursachung auf der Grundlage von Fahrlässigkeit der Ärzte des Beklagten. In den Urteilen haben die Gerichte das Unsicherheitsrisiko dem Beklagten zugewiesen. Eine solche Beweislastumkehr ist auch in anderen Fällen erfolgt. In einer Entscheidung neueren Datums über die Haftung des Straßenerhalters[174] verlangte das Oberste Gericht für dessen Befreiung von der Haftung für den Schaden, der durch auf die Straße gelangtes Wild verursacht wurde, dessen Beweis, dass entweder der Zaun zur Zeit des Unfalls keineswegs mangelhaft war, oder dass das Wild nicht wegen des Defekts des Zaunes auf die Straße geraten konnte.

Diese Tendenzen haben jedoch bislang noch nicht über die Fälle von Perso- **4/101** nenschaden und Arzthaftung hinausgereicht. Die Lehre vom Verlust einer Chance ist noch nicht als herrschend anerkannt worden. Wahrscheinlichkeiten werden in solchen Fällen nicht berechnet, und auf anderen Gebieten der Haftung von Fachleuten (zB Rechtsanwälten) zögern Gerichte, einen solchen Ansatz zu akzeptieren. Eine wichtige Begrenzung dieser neuen Entwicklung mag auch dadurch bewirkt werden, dass in den Fällen, in denen die Gerichte eine verminderte Heilungschance als Kausalzusammenhang akzeptiert haben, Ersatz für immateriellen Schaden zugesprochen wurde. Damit mussten sich die Gerichte nicht dem Problem stellen, Schaden oder Teilersatz zu berechnen, und andererseits ist das höchste geschützte Interesse beeinträchtigt worden. Es bestehen keine Anzeichen, die auf eine Ausweitung dieser Ansätze auf Ansprüche deuten würden, wo weniger stark geschützte Rechte betroffen sind, oder auf Fälle von Ansprüchen auf Ersatz von materiellem Schaden.

Es scheint, dass die Judikatur nicht versucht, die Probleme natürlicher Kausa- **4/102** lität auf einer dogmatischen Grundlage zu lösen (Verlust einer Chance, Marktanteilshaftung), sondern Lösungen zu erarbeiten sucht wie Beweislastverlagerung, Teilverursachung, und die Akzeptanz von Wahrscheinlichkeit als Kausalzusammenhang bei Ersatz von immateriellem Schaden in Arzthaftungsfällen.

Die Kausalität wurde in der Rechtstheorie weit eher als Element der Haftungs- **4/103** begrenzung, denn als eines der Haftungsbegründung angesprochen. Man hat mehr

---

172 *Jójárt Eszter,* Az esély elvesztése, mint kár? Jogtudományi Közlöny, 64 (2009) Nr 12, 518.
173 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.188/2010. sz. BH 2012. Nr 10.
174 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 21.682/2008. sz. BH 2010. Nr 7.

darüber diskutiert, unter welchen Umständen Haftung nicht stattfinden sollte trotz Erfüllung des conditio-sine-qua-non-Tests, als über die Frage, wie Kausalität im Zusammenhang eines Schadenersatzrechts funktioniert, das ein optimales Niveau von Prävention und eine Balance zwischen Abschreckung und Eigenverantwortung bieten will.

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Rechtswidrigkeit

Im ungarischen Schadenersatzrecht ist Rechtswidrigkeit ein Begriff, der als strukturell und theoretisch unabhängiges Zurechnungselement verstanden und vom Verschulden unterschieden wird. Als allgemeines Prinzip gilt in der ungarischen Rechtstheorie, dass ein zur Schädigung anderer führendes Verhalten rechtswidrig ist, und daraus folgt, dass die Verursachung von Schaden immer rechtswidrig ist[175]. Die theoretische Grundlage des Begriffs der Rechtswidrigkeit besteht darin, dass die Verursachung von Schaden als rechtswidrig betrachtet werden soll, es sei denn, von der Rechtsordnung wird anderes bestimmt. Wenn der Täter beweisen kann, dass im vorliegenden Fall die Schadenszufügung durch die Rechtsordnung ausdrücklich als rechtmäßig anerkannt wurde, soll er nicht haften[176]. Die Grundidee dieses Ansatzes bestand darin, dass es bei einer Verletzung der allgemein anerkannten Anforderungen an Verhalten in der Gesellschaft nicht notwendig sein sollte, eine besondere Norm zu finden, welche der Täter missachtet hat, um Haftung für ein Verhalten festzustellen, das zum Schaden anderer geführt hat, oder um festzustellen, dass rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt worden sind. Die Judikatur ist diesem Ansatz jedoch nie konsequent gefolgt. Die Gerichte versuchen sehr oft, eine bestimmte Rechtsnorm zu finden, die durch den Täter verletzt worden ist, um Haftung auszusprechen, obwohl dies keine notwendige Voraussetzung wäre. Dieser Ansatz der Gerichte ist oft als unrichtig und unlogisch im Hinblick auf das zugrunde liegende Verständnis von Rechtswidrigkeit kritisiert worden. Andererseits hat die gegenwärtige Theorie den ursprünglichen Gedanken zu stark vereinfacht, der implizit ein Verhalten verlangt hat, das nicht den allgemein anerkannten Werten der Gesellschaft entspricht. Diese ursprüngliche Idee hat nie bedeutet, dass die Verursachung von Schaden für sich allein rechtswidrig war. Rechtswidrigkeit als notwendige Voraussetzung der Haftung sollte als komplexe Kategorie behandelt werden, so wie Verschulden oder Verursachung. Die Gerichtspraxis, die bereits so vorgeht[177], ist nicht falsch, sondern Beweis für die Unhaltbarkeit der ursprünglichen, unzulässig vereinfachenden Theorie. **4/104**

175 Wer rechtswidrig einer anderen Person Schaden verursacht, ist für solchen Schaden haftbar. Er ist von der Haftung befreit, wenn er beweist, dass sein Handeln nicht rechtswidrig war. Zivilgesetzbuch 2013 § 6:519.

176 *Eörsi,* A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve Rz 221. Einwendungen sind Einwilligung des Verletzten, Notstand, erlaubte Rechtsausübung, usw.

177 Tafelgericht Pécs, Pécsi Ítélőtábla Pf. III. 20.356/2004. sz. BH 2005. Nr 17.

Dieser komplexe Ansatz, der den Begriff der Rechtswidrigkeit so beweglich hält wie das Verschulden und die Verursachung, würde ins bewegliche System des Schadenersatzrechts passen und würde den Gerichten größeres Ermessen in der Risikozuweisung und Risikostreuung einräumen. Es ist deutlich geworden, dass die oben erwähnte ursprüngliche theoretische Vorstellung von Rechtswidrigkeit revidiert werden sollte.

4/105 Der ungarische Gesetzgeber hat jedoch nicht beachtet, dass Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht nur miteinander verbundene und einander überschneidende Elemente der Zurechnung darstellen, sondern dass ihre Trennung auch von einem Widerspruch belastet ist: wenn ein Verhalten rechtswidrig war, warum sollte es dann bei Fehlen von Verschulden nicht sanktioniert werden, und umgekehrt? Wie ist es möglich, dass ein Verhalten, das nicht dem geforderten Verhaltensmaßstab entspricht, als rechtmäßig erachtet wird? Statt Rechtswidrigkeit und Verschulden zu überdenken und zu versuchen, eine passende Vorstellung zu entwickeln, die beide einschließt (Unrechtmäßigkeit), hat der Gesetzgeber des Zivilgesetzbuchs 2013 die unabhängige Stellung des Rechtswidrigkeitsbegriffs verstärkt, doch einen speziellen Test für sie entwickelt, der den strukturellen Widerspruch im System beseitigen soll. Nach dieser Vorschrift soll jedes Fehlverhalten, das zu Schaden führt, als rechtswidrig betrachtet werden, es sei denn a) er wurde mit Zustimmung des Opfers verursacht; b) er wurde einem Angreifer bei der Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs oder der Drohung eines unmittelbar bevorstehenden rechtswidrigen Angriffs zugefügt, und dieses Verhalten hat nicht das für die Abwehr des Angriffs notwendige Maß überschritten; c) er wurde im Notstand verursacht und war verhältnismäßig; oder d) das Verhalten war rechtlich erlaubt und hat nicht rechtlich geschützte Interessen einer anderen Person beeinträchtigt, oder das Recht hat anderweitig für die Zahlung von Ersatz an den Geschädigten Vorsorge getroffen[178].

4/106 Nach dieser Struktur muss daher zuerst gefragt werden, ob das zu Schaden führende Verhalten rechtmäßig war oder nicht. Wenn das Recht nicht vorsieht, dass die Zufügung von Schaden unter den gegebenen Umständen des Falles rechtmäßig ist, ist es als rechtswidrig zu betrachten. Ist das der Fall, muss gefragt werden, ob die Handlung des Täters dem geforderten Sorgfaltsmaßstab entsprochen hat (dessen Verletzung Verschulden bedeutet) oder ob andere Umstände vorliegen, die seine Haftungsbefreiung bewirken. Ist das der Fall, so ist er von Haftung befreit. Dies ist ein genereller Test der Rechtswidrigkeit. Es scheint, dass hinsichtlich der Rechtswidrigkeit das ungarische Recht einen erfolgsorientierten Ansatz übernimmt. Dieser wird durch den Verschuldensbegriff verstärkt, der ebenfalls objektiv geprägt ist.

178 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:520.

Die heikle Frage der Haftung von Personen, die an einem Gerichtsverfahren als Zeugen oder Sachverständige teilgenommen haben, ist bisher im ungarischen Schadenersatzrecht nicht erörtert worden. Es scheint jedoch, dass die Gerichte dem öffentlichen Interesse am Zugang zur Justiz Vorrang einräumen, und deshalb solchen Teilnehmern am Verfahren eine Art von Immunität zubilligen. Die Praxis der Strafgerichte gewährt solche Immunität ausdrücklich Parteien und Zeugen, wenn sie im Laufe des Verfahrens Erklärungen abgeben, die ansonsten als Beeinträchtigung des guten Rufes und der Menschenwürde gelten könnten[179]. Auch wenn keine Lehre von der »Immunität sachverständiger Zeugen« existiert, zögern Gerichte, Schadenersatzansprüche gegen Gerichtssachverständige auf der Grundlage ihres im gerichtlichen Verfahren erstatteten Gutachtens zuzulassen[180]. In solchen Fällen betrachten die Gerichte das Verhalten des Beklagten, der das Gutachten als Partei, Zeuge, Sachverständiger oder sonstiger Teilnehmer an einem anderen Verfahren erstattet hat, nicht als rechtswidrig. **4/107**

Es wird keine Art von *de-minimis-Regel* anerkannt, weder in der Theorie noch in der Praxis, obgleich im Zusammenhang mit Ersatz immateriellen Schadens Gerichte zögern, Schadenersatz zuzusprechen, wenn keine offenbare Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses vorliegt. **4/108**

Die erforderliche Sorgfalt wird in einer Generalklausel als allgemeine Voraussetzung im Sinne eines Verhaltensmaßstabs formuliert, dem Personen in der Ausübung ihrer Rechte und Erfüllung ihrer Verpflichtungen in Privatrechtsverhältnissen zu entsprechen haben. Diese Vorschrift ist als umfassendes Prinzip in den einführenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs 1959 wie auch des Zivilgesetzbuchs 2013 enthalten. Die erforderliche Sorgfalt ist jenes Verhalten, das unter den gegebenen Umständen des Falles allgemein erwartet wird[181]. Nichtbeachtung des geforderten Sorgfaltsmaßstabs wird in derselben Vorschrift definiert, und bedeutet das Element Verschulden. Indem dieselbe Vorschrift als Grundlage von Verschulden und Rechtswidrigkeit Verwendung findet, stört dieses Zurechnungselement die innere Logik, eine Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden zu treffen, und erzeugt einen inneren Widerspruch[182]. Unter dieser Art von Regelung würde die korrekte Ansicht »Unrechtmäßigkeit« als Begriff verwenden, der sowohl Rechtswidrigkeit wie auch Verschulden umfasst. Es gibt keine besondere Vorschrift oder Lehre, weder auf der Ebene der Gesetzgebung noch in der Judikatur, bezüglich Unterlassungen. Wenn daher unter den gegebenen Umständen des Falles eine Pflicht zu einem Handeln bestand, soll diese ebenfalls **4/109**

179 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Bfv. III. 326/2004. sz. EBH 2004. Nr 1011.

180 Tafelgericht Pécs, Pécsi Ítélőtábla Pf. III. 20.356/2004. sz. BH 2005. Nr 17.

181 Zivilgesetzbuch 1959 § 4 (4); Zivilgesetzbuch 2013 § 1:4 (1).

182 Da es unlogisch ist, dass ein Verhalten, das dem Sorgfaltsmaßstab entspricht, im Zusammenhang mit Haftung rechtswidrig sein kann, oder rechtswidriges Verhalten dem Sorgfaltsmaßstab entsprechen kann.

gemäß der Generalklausel behandelt werden. Die zugrunde liegende Idee ist wohl, dass es in den meisten Fällen unmöglich oder sinnlos ist, zwischen Handlung und Unterlassung zu unterscheiden, da diese zumeist auch auswechselbar umschrieben werden können (zB wenn ein Lenker zu rasch fährt, ist dies eine Handlung, mit der er die Höchstgeschwindigkeit überschreitet, doch gleichzeitig eine Unterlassung, da er es unterlässt, die gesetzliche Höchstgeschwindigkeit einzuhalten). Die Kernfrage ist stets die Beachtung oder Nichtbeachtung der vorgegebenen Verhaltensmaßstäbe der Gesellschaft.

4/110 Obwohl ein Verständnis der Haltung der Gerichte gegenüber Ansprüchen betreffend den Schutz reiner Vermögensinteressen für das Schadenersatzrecht grundlegend ist, existiert in Ungarn bezüglich des reinen Vermögensschadens keine spezielle Lehre. Reiner Vermögensschaden als unabhängige Schadenskategorie oder Umschreibung bestimmter geschützter Interessen ist dem ungarischen Rechtssystem fremd. Der Hauptaspekt des Begriffs des reinen Vermögensschadens besteht darin, dass es sich um einen Schaden ohne vorangehende Verletzung von Person oder Sachen des Klägers handelt, also keinen Folgeschaden, der an einer beschädigten Sache oder verletzten Person eintritt[183]. Reiner Vermögensschaden ist ein »Schaden, der nicht ursächlich aus einem Personenschaden (an Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit oder anderen Persönlichkeitsrechten) oder Sachschaden (an körperlichen oder unkörperlichen Sachen) folgt«[184]. Es gibt nur wenig ungarisches Fallrecht in diesem Bereich des Schadenersatzrechts. Ein Grund dafür liegt darin, dass der Begriff des Vermögensschadens selbst lange Zeit mit dem sozialistischen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ansatz unvereinbar war, der Gewinn und Gewinnchance nicht respektierte. Eine weitere Überlegung betrifft den Umstand, dass die Gerichte normalerweise ein bewegliches System des Schadenersatzrechts anwenden, ohne sich ausdrücklich darauf zu berufen. Das Problem des reinen Vermögensschadens ist ein Problem der Haftungsbegrenzung, und zwar hauptsächlich eines der rechtlichen Kausalität im Fallrecht und in der Rechtstheorie.

4/111 In einem Fall, in dem ein Handelsvertreter einen Autounfall erlitt, der durch einen anderen Lenker fahrlässig verursacht worden war, und der Abschluss eines Vertrages zwischen dem Dienstgeber des Handelsvertreters und einer anderen Partei nicht zustande kam, weil der Unfall den Vertreter daran gehindert hat, den Ort des Vertragsabschlusses zu erreichen, entschied das Oberste Gericht, dass der nicht erzielte Nettoerlös, den der Dienstgeber aus der Vertragserfüllung erlangt hätte, wenn der Vertragsabschluss nicht durch den Unfall verhindert worden wäre, einen ersatzfähigen Vermögensschaden des Dienstgebers darstelle. Der

183 *M. Bussani/V. Palmer* (Hrsg), Pure Economic Loss in Europe (2003) 5.
184 *H. Koziol,* Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer's Perspective, in: W. van Boom/H. Koziol/C. A. Witting (Hrsg), Pure Economic Loss (2003) 141 ff.

Lenker, der den Unfall des Handelsvertreters verursachte, hat diesen Vermögensschaden verursacht. Aus diesem Grund erachtete das Gericht den Lenker verantwortlich für den Vermögensverlust des Dienstgebers und wies den Beklagten (die Versicherung des Lenkers, der den Unfall verursachte) an, den entgangenen Nettoerlös als Ausgleich an den Kläger zu zahlen[185]. Es ist beachtlich, dass Beklagte in diesem Fall die Haftpflichtversicherung des Täters war, und in der Gerichtspraxis scheint eine Tendenz zu bestehen, dass Gerichte eher geneigt sind, Schadenersatz zuzusprechen, wenn das Risiko auf ein Versicherungsunternehmen überwälzt wird. Es existieren keine weiteren Entscheidungen zu anderen typischen Fällen von reinem Vermögensschaden (weiteren Fällen von Reflexschäden, Schadensüberwälzung, Schließung öffentlicher Märkte, Transportwegen und öffentlicher Infrastruktur, oder Fällen von Vertrauen auf fehlerhafte Daten, Ratschläge oder Beratungsdienstleistungen), welche den Standpunkt der Gerichte in diesem Fall hätten bestärken können. Auf Grund der besonderen Umstände dieses Falles und des Fehlens eines allgemeinen Denkansatzes ist es unmöglich vorauszusagen, ob diese Entscheidung den Ausgangspunkt für eine Tendenz in dieser Richtung bildet, oder nur einen »Ausreißer« darstellt.

Es scheint, dass die Großzahl der typischen Fälle reinen Vermögensschadens **4/112** in der Theorie und Praxis des ungarischen Schadenersatzrechts als Teil des Kausalitätsproblems behandelt werden, und ihren Platz unter dem Titel indirekter Schaden oder indirekte Verursachung finden. Die Probleme indirekter Verursachung treten heute in der Fachdiskussion in den Vordergrund. Der Modellfall für dieses Problem ist, dass eine Gesellschaft (als Primäropfer) Schaden erleidet und als Folge dieses Schadens auch der Wert der Aktien fällt, welche von den Aktionären der Gesellschaft (als Sekundäropfer) gehalten werden. Es erhebt sich die Frage, ob die Eigentümer der Gesellschaft (die Aktionäre) mit Erfolg eine Schadenersatzklage gegen den Täter anstrengen können, mit der sie Ersatz für den Wertverlust ihrer Aktien begehren. Die von Juristen (einschließlich Anwälten und Richtern) allgemein geteilte Auffassung ist dahin gegangen, dass ein solcher Anspruch der Aktionäre abgewiesen und diese Art von Schaden nicht ersetzt werden solle, obwohl eine klare theoretische Antwort auf die Frage kaum zu finden sei. Es scheint, dass auch im beweglichen System des Schadenersatzrechts die Lösung primär in der Kausalität zu finden ist. Die partielle Antwort des Obersten Gerichts auf dieses Problem war, dass der Anspruch der Gesellschaft gegen den Täter zuerst entschieden werden muss, um den Schaden der Aktionäre zu bestimmen. Die Durchsetzung des Anspruchs gegen die Gesellschaft sei eine notwendige Voraussetzung für die Möglichkeit der Erhebung eines Anspruchs seitens der Aktionäre. Wenn die Gesellschaft keinen Anspruch geltend machte, oder der Anspruch der

185 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VIII. 20.295/1999. sz. BH 2001. Nr 273.

Gesellschaft abgewiesen wurde, konnten auch die Aktionäre keinen berechtigten Anspruch haben[186].

4/113 Im Zentrum des ungarischen Schadenersatzrechts steht die grundlegende Haftungsregel, die vom Gedanken des Verschuldens geprägt ist. Nach dieser Regel hat der Täter, der einem anderen rechtswidrig Schaden zufügt, Ersatz zu leisten, es sei denn, er kann beweisen, dass er so gehandelt hat, wie unter den gegebenen Umständen des Falles allgemein zu erwarten war. Mit dem besonderen Maßstab des »unter den gegebenen Umständen allgemein erwarteten Verhaltens« stehen das Zivilgesetzbuch 1959 und das Zivilgesetzbuch 2013 unter dem Einfluss der Theorie der Verschuldenshaftung mit einem speziellen objektivierten Standard, der die Grundlage der Verantwortlichkeit irgendwo zwischen subjektiver und objektiver Haftung ansiedelt.

4/114 Die Beweislast bezüglich des Schadens und des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Täters und dem Schaden als Zurechnungsvoraussetzungen obliegt dem Kläger. Die Beweislast hinsichtlich der Beachtung des allgemein geforderten Verhaltensmaßstabs (»das unter den gegebenen Umständen allgemein erwartete Verhalten«), dh das Fehlen von Verschulden, obliegt dem Täter. Im ungarischen Schadenersatzrecht wird Rechtswidrigkeit des Verhaltens als Verursachung von Schaden definiert. Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit des Verhaltens ist also, ob die Verursachung von Schaden unter den gegebenen Umständen erlaubt war. Die Rechtswidrigkeit einer Schadensverursachung wird präsumiert, und der Täter hat, um sich von der Haftung zu befreien, auch zu beweisen, dass in der konkreten Situation die Schadenszufügung rechtlich zulässig war. Die grundlegende Haftungsnorm stellt eine allgemeine Regelung dar, und es gibt spezielle Haftungsformen für verschiedene Situationen, welche eine Abweichung von der allgemeinen Regel erforderlich machen oder wo die Feststellung von Haftung notwendig, doch nicht aus der allgemeinen Regel ableitbar ist. Der Grundgedanke hinter dieser Struktur ist zweifacher Natur. Erstens gibt es Fälle, in denen einer Person Haftung aufzuerlegen ist, die nicht mit dem Täter identisch ist (dh nicht selbst ein Verhalten gesetzt hat, das zu Schaden geführt hat). Zweitens sind andere Maßnahmen oder Vorbedingungen auf eine Person anzuwenden, die ansonsten von Haftung befreit sein könnte, dh Verschulden wird durch strengere Anforderungen ersetzt (zB unvermeidbare Ursache, die außerhalb des Tätigkeitsbereichs liegt).

186 *Fuglinszky/Menyhárd,* Felelősség »közvetett« károkozásért, Magyar Jog (2003) 286. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gfv. IX. 30.252/2005. sz. BH 2006. Nr 117.

II. Verschulden

Obwohl in der ungarischen Theorie der Verschuldensbegriff (im Gegensatz zum Begriff des Schadens) traditionell im Zentrum des Schadenersatzrechts steht und seine Funktion betont wird, die Mitglieder der Gesellschaft dahingehend zu beeinflussen, dass deren Fehlverhalten verhindert wird, bestehen dennoch keine allgemeinen Richtlinien oder Lehren (wie etwa die vom amerikanischen Richter *Learned Hand* formulierte sogenannte »Hand-rule«, die auch in der Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts Unterstützung findet). Wenn, wie in der Schadenersatztheorie erläutert wird, Prävention die Primärfunktion des Schadenersatzrechts darstellt, kann nur ein Verhalten, das durch das Recht beeinflussbar ist, für die Feststellung von Haftung erheblich sein. Wenn also ein Verhalten einer Person zurechenbar ist, deren Haftung in Frage kommt, kann dies sachgerechter Weise zur Feststellung von Haftung für Schaden führen. Um zu definieren und festzustellen, ob und unter welchen Bedingungen oder Umständen ein Verhalten dem Beklagten zurechenbar ist, muss gefragt werden, an welcher Stelle das Verhalten auf einer Skala gesellschaftlicher Bewertung eingeordnet werden soll. Der schwächste Punkt auf dieser Skala ist subjektive Vorwerfbarkeit, die nach dem Bewusstseinsinhalt des Täters (so wie bei strafrechtlicher Verantwortlichkeit) festgestellt wird, während den stärksten Punkt die absolut strikte Haftung darstellt, bei der es keine Entlastung für die Person gibt, um deren Haftung es sich handelt. **4/115**

Es ist eine wichtige Besonderheit des ungarischen Schadenersatzrechts, dass es eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr kennt. Das bedeutet, dass es dann, wenn das Opfer den Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem rechtswidrigen Verhalten des Täters bewiesen hat, am Täter liegt, das Fehlen von Verschulden zu beweisen, um von der Haftung befreit zu werden. Im ungarischen Recht setzt die Grundnorm, welche Verschulden als Zurechnungsvoraussetzung fordert, die Wertung auf der Skala irgendwo zwischen den schwächsten und den stärksten Punkt. Das Bewusstsein oder die persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse usw des Täters sind – anders als im Fall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit – für die Feststellung von Verschulden irrelevant. Der Täter kann nicht mit der Begründung von Haftung befreit sein, dass er die ihm größtmöglichen Anstrengungen unternommen hat, den Schaden zu vermeiden (oder nicht zu verursachen). Um von Haftung befreit zu sein, muss er beweisen, dass sein Verhalten dem Standard der unter den Umständen des vorliegenden Falles gebotenen Sorgfalt entsprochen hat. Das allgemein geforderte Verhalten ist ein objektivierter Maßstab, der ausdrückt, was der Beklagte unter den Umständen des Falles tun hätte sollen. Daher ist bei der Feststellung von Verschulden kein Wille, Vorsatz oder subjektives Kriterium relevant. Die Feststellung von Verschulden erfolgt durch eine objektive Beurteilung des Verhaltens des Beklagten unter den gegebenen Umständen im Licht einer gesellschaftlichen Wertung. Spezielle **4/116**

Formen von Haftung, wie Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten, für Tiere, Gehilfenhaftung, Produkthaftung, Umwelthaftung, Haftung für Nuklearschaden, usw verlagern die Bewertung in verschiedenen Graden zum strikteren Ende der Skala hin, indem sie die Voraussetzungen der Entlastung für die Person formulieren, der die Haftung auferlegt werden soll.

4/117 Deliktsrecht handelt per definitionem von Haftung für die Verletzung von Pflichten, die Personen durch Gesetz und nicht durch Vertrag auferlegt worden sind. Wenn eine Verpflichtung vertraglicher Natur ist, wird die Sanktion für ihre Verletzung im Zusammenhang mit der Haftung für Vertragsverletzung und nicht im Deliktsrecht gefunden. In der Theorie und Struktur des Privatrechts besteht eine strenge und konsequente Trennung zwischen Haftung aus Delikt und Haftung aus Vertrag. Das bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass eine solche Unterscheidung auch auf der Ebene der gesetzlichen Regelung Anwendung findet. Wenn man Haftung als privatrechtliche Sanktion für die Verletzung einer privatrechtlichen Verpflichtung erklärt, erscheint es überdies ein praktischer Ansatz zu sein, die beiden Bereiche zusammenzuhalten und eine gemeinsame Regelung für beide zu treffen. Es erhebt sich allerdings die Frage, ob die Unterscheidung aus der vertraglichen oder außervertraglichen Natur der verletzten Obligation erwächst, dh ob Haftungsgrundlage die Verletzung eines freiwilligen Versprechens oder einer gesetzlichen Vorschrift (einer allgemeinen Verpflichtung, Schaden zu verhindern oder einem allgemeinen Verbot, anderen Mitgliedern der Gesellschaft Schaden zuzufügen) ist, und ob die unvermeidlichen Unterschiede in den zugrunde liegenden rechtspolitischen Erwägungen eine unterschiedliche Regelung rechtfertigen und erfordern oder nicht.

4/118 Ein offensichtlicher und bedeutsamer Unterschied zwischen Deliktshaftung und Haftung für Vertragsverletzung ist allerdings in der Judikatur deutlich herausgearbeitet worden, und das sind die verschiedenen Maßstäbe für einen Ausschluss des Verschuldens: In Vertragsrechtsfällen wenden die Gerichte strengere Tests bei der Entscheidung an, ob der Täter so gehandelt hat, wie unter den Umständen allgemein erwartet wurde, und nehmen Verschuldensausschluss nur dann an, wenn der Beklagte beweisen kann, dass der Schaden unter den gegebenen Umständen unvermeidlich war. Somit sind die Verhaltensanforderungen bei der Vertragshaftung höher als in Deliktsfällen[187]. Diese Tendenz und der offensichtliche Unterschied zwischen dem Verhältnis der Parteien in vertraglichen und außervertraglichen Fällen, welcher ebenfalls die Notwendigkeit verschiedener Begrenzungsmaßnahmen bewirkt (wie etwa die Vorhersehbarkeitsdoktrin bei Vertragsverletzungen), haben den ungarischen Gesetzgeber zur Überzeugung geführt, dass das einheitliche System durch eine Trennung zwischen Vertragshaftung und

187 *Kemenes,* A gazdasági szerződések követelményei és az új, Polgári Törvénykönyv Polgári Jogi Kodifikáció 2001/1, Nr 9 ff.

außervertraglicher Haftung zu ersetzen ist, auch wenn die beiden Bereiche grundsätzlich bezüglich der Schadenersatzbemessung weiterhin übereinstimmen sollten. Die gesetzliche Regelung für die Schadenersatzberechnung und die Art der Ersatzleistung selbst ist – mit Ausnahme der Vorhersehbarkeitsgrenze bei Vertragsverletzung – bei Deliktshaftung und Vertragshaftung auch im Zivilgesetzbuch 2013 dieselbe.

Im Ergebnis führt das Zivilgesetzbuch 2013 – in Übereinstimmung mit der Judikatur – für Vertragsverletzungen ein System strikter, also verschuldensunabhängiger Haftung ein, während es im Bereich der Deliktshaftung an der Verschuldenshaftung festhält. Die Vertragspartei wird nur dann von Haftung befreit, wenn sie beweist, dass die die Vertragsverletzung verursachenden Umstände von ihr nicht beherrschbar waren, zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren, und von ihr nicht zu erwarten war, diese Umstände zu vermeiden oder den Schaden zu verhüten[188]. Diese allgemeine Regelung der Vertragshaftung wurde für die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs entwickelt, insbesondere für den Warenverkauf. Ihre Anwendung wird vermutlich zahlreiche Probleme bei Dauerschuldverhältnissen, Treuhandverhältnissen und in Berufshaftungsfällen, wie der Haftung von Ärzten und Anwälten, hervorrufen. Die Judikatur[189] wendet heute die Regeln einer strikten Haftung auf Handelsverträge an, aber nicht auf Ärzte und Anwälte, obwohl diese ebenfalls in einem Vertragsverhältnis zu ihren Patienten bzw Klienten stehen. Es ist schwierig abzuschätzen, wie sich die strikte Vertragshaftung auf diese Verhältnisse auswirken wird; das trifft auch für die Vorhersehbarkeitsgrenze zu. **4/119**

Die allgemeine Zurechnungsregel und der Verschuldensbegriff, der auf jener Verpflichtung zur erforderlichen Sorgfalt beruht, die eine objektive Bewertung des Verhaltens des Täters unter den gegebenen Umständen des Falles und der damit verbundenen sozialen Wertung ausdrückt, sind beweglich genug, um auch auf die Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten anwendbar zu sein. Es existiert keine besondere Lehre, Wertung oder Ansatz für die Haftung von Sachverständigen oder Fachleuten. Die Haftung von Vorständen von Gesellschaften unterliegt ebenso der allgemeinen Regel wie die Haftung von Anwälten, Ärzten usw. Es ist keineswegs klar, ob Gerichte in solchen Fällen besondere Umstände berücksichtigen oder besondere Bewertungsmethoden anwenden. Es gibt noch wenige veröffentlichte Fallentscheidungen, in denen Gerichte sich darauf beschränken, in Richtlinien Selbstverständliches zu sagen. Welche Rolle Marktpraktiken in der Ausprägung von Pflichten und Verantwortlichkeiten von Fachleuten spielen, wird im einschlägigen Fallrecht nicht deutlich. Auf anderen Gebieten der Fachleutehaftung (besonders bei der Arzthaftung) neigen Gerichte dazu, bewährte Verfahren, **4/120**

188 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:142.

189 Auf die in FN 192 Bezug genommen wird.

Protokolle und Anforderungen als Teil jener Sorgfaltspflicht zu betrachten, die von Fachleuten beachtet werden muss, doch diese Fachleute können von Haftung nicht bloß durch den Hinweis auf den Umstand befreit werden, dass sie diese Standards eingehalten haben. Gerichte können also für den gegebenen Fall strengere oder zusätzliche Maßstäbe anlegen oder aufstellen.

4/121 Insbesondere in Arzthaftungsfällen scheinen die Gerichte in die Richtung verschuldensunabhängiger Haftung zu tendieren, nicht nur indem sie auf bestimmte Fälle die Bestimmungen über strikte Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten anwenden, sondern auch dadurch, dass sie bezüglich der Verursachung eine Beweislastumkehr vornehmen, indem sie das Fehlen korrekter Dokumentation als eine Art Vermutung der Fahrlässigkeit von Ärzten betrachten, und überdies Entlastung nur in sehr wenigen Fällen zulassen. Bei der Feststellung von Verschulden in Fällen medizinischer Fehlbehandlung gilt als einer der Hauptfaktoren die Rolle der Berufsregeln. In der Judikatur bleibt unklar, ob dann, wenn der beklagte Arzt oder Gesundheitsdienstleister nachweist, dass er die einschlägigen Berufsregeln beachtet hat, zwangsläufig der Nachweis erbracht ist, dass er der allgemein geforderten Sorgfaltspflicht entsprochen hat, und daher kein Verschulden und somit eine Haftungsbefreiung vorläge. Es gibt Entscheidungen, die feststellen, dass die Beachtung der Berufsregeln dazu führe, dass dem geforderten Sorgfaltsmaßstab entsprochen werde und deshalb kein Verschulden vorliege[190], und es gibt auch Entscheidungen, die feststellen, dass das Fehlen eines Verstoßes gegen Berufsregeln, -standards und -richtlinien nicht von vornherein die Feststellung von Verschulden ausschließe[191]. Die Beachtung von Berufsstandards und -regeln hindert das Gericht nicht von vornherein daran, Verschulden des Täters und folglich Haftung des Arztes oder Spitals festzustellen[192]. Berufsstandards und -regeln können vom Gesundheitsministerium oder von Berufsorganisationen erlassen, oder als übliche allgemeine Berufskenntnisse vorausgesetzt werden, zB als Teil des Stoffes, der an medizinischen Universitäten unterrichtet wird[193], von Richtlinien, oder von allgemein anerkannter Fachliteratur[194]. Nichtbeachtung dieser Standards führt zwangsläufig zur Feststellung von Verschulden, doch ihre Beachtung bedeutet nicht zwangsläufig die Erfüllung der geforderten Sorgfaltspflicht[195].

4/122 Die Haftung von Unternehmensvorständen ist in die allgemeinen Bestimmungen über Schadenshaftung eingebettet. Der Vorstand verletzt seine Pflichten, wenn er nicht den Verpflichtungen entspricht, die ihm das Recht auferlegt. Dies ist der Fall, wenn er Pflichten missachtet, die ihm durch Gesetz, Gesellschafts-

190 *Dósa,* Az orvos kártérítési felelőssége (2004) 91.
191 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.090/2005 sz. BH 2006. Nr 400.
192 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.956/2006 sz. BH 2007. Nr 47.
193 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 24.330/1998 sz. BH 1999. Nr 363.
194 Gesetz Nr CLIV aus 1997 über das öffentliche Gesundheitswesen § 119 (3) b.
195 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.761/2008 sz. EBH 2008. Nr 1867.

vertrag, Beschlüsse des obersten Organs der Gesellschaft oder seine Geschäftsführungsverpflichtungen auferlegt sind[196]. Die Haftung von Vorständen folgt den normalen Regeln der verschuldensabhängigen Deliktshaftung. Es ist offenbar keine Differenzierung herausgearbeitet worden, wie etwa eine Behandlung der Sorgfaltspflicht oder der Verletzung der Loyalitätspflicht als besonderer Elemente oder Voraussetzungen von Haftung.

Der Vorstand haftet nicht, wenn er nach dem geforderten Verhaltensmaß- **4/123**
stab gehandelt hat, dh wenn er den Anforderungen, die für die Erfüllung seiner Aufgaben in der Führung der Gesellschaft gelten, mit der erforderlichen Sorgfalt und dem erforderlichen Fleiß entsprochen hat, wie sie allgemein von Personen in solchen Positionen gefordert werden, und er, sofern rechtlich nichts anderes vorgesehen ist, den Interessen der Gesellschaft Vorrang eingeräumt hat. Da die erforderliche Sorgfalt einen objektiven Standard unabhängig von den persönlichen Fähigkeiten des Täters darstellt, folgen Gerichte objektiven Maßstäben, die von Vorständen verlangen, dass sie sich so verhalten, wie man erwarten konnte, dass sich »ein normaler Vorstand« in der Lage des Beklagten verhält.

Es ist überhaupt nicht klar, welches Verhältnis zwischen der erforderlichen **4/124**
Sorgfalt und dem geforderten Vorrang der Interessen der Gesellschaft bestehen könnte. Die ungarische Judikatur trifft keine deutliche Unterscheidung zwischen den beiden Erfordernissen, da sie nicht klar zwischen Verletzung der Loyalitätspflicht und Verschulden trennt. Es ist allerdings klar, dass die Gerichte nicht einfach Haftung annehmen, weil der Vorstand eine falsche Entscheidung getroffen und damit der Gesellschaft Schaden verursacht hat. Es existieren nur sehr wenige veröffentlichte Entscheidungen zu diesem heiklen und wesentlichen Zurechnungselement, doch eine davon könnte Einblick in das Denken der Gerichte gewähren. In diesem Fall hat ein Vorstand Verträge mit anderen Partnern abgeschlossen und sich zur Vorauszahlung für die Warenlieferung verpflichtet. Die Waren wurden nie geliefert, und die Vorauszahlung konnte nicht zurückerlangt werden. Das Gericht hat den Anspruch gegen den Vorstand mit der Begründung abgewiesen, dass er das Geschäft mit der erforderlichen Sorgfalt vorbereitet habe, und obwohl sich seine Entscheidung als falsch herausgestellt habe, diese noch im Rahmen normaler Geschäftsrisiken gelegen war[197].

Obwohl in der ungarischen Judikatur keine klaren Regeln über Haftungsaus- **4/125**
schluss bei redlicher Geschäftsführung entwickelt oder festgestellt worden sind, nehmen Gerichte keine Haftung an, wenn das Verhalten (die Entscheidung) des Vorstands im Rahmen normaler Geschäftsrisiken geblieben ist. Demnach wollen die Gerichte die Risiken von Geschäftsentscheidungen nicht auf die Vorstands-

196 Aktiengesetz 2006 § 30 (2). Eine solche besondere Vorschrift ist im Zivilgesetzbuch 2013 nicht enthalten, doch könnte dieselbe Vorgangsweise weitergelten.

197 Tafelgericht Budapest, Fővárosi Ítélőtábla 13. Gf. 40003/2003. sz. BH 2004. Nr 372.

mitglieder der Gesellschaft verlagern[198]. Wenn ein Vorstand nachlässig mit dem Vermögen der Gesellschaft umgegangen ist (das Geld nicht sicher aufbewahrt hat)[199], oder Geschäfte deutlich außerhalb normaler Geschäftsrisiken abgeschlossen hat (Kauf von Diamantenschürfkonzessionen in Afrika)[200], so hat er fahrlässig gehandelt und wird haftbar.

4/126 Das System des Zivilgesetzbuchs 2013, das besondere Regelungen für Vertragshaftung enthält, rückt die Natur der Berufshaftung in den Vordergrund. Die unrechtmäßigen Handlungen von Fachleuten können Schaden entweder für ihre Klienten oder für Dritte bewirken. Ihre Haftung gegenüber ihren Klienten richtet sich nach den Regeln für Vertragsverletzung, gegenüber Dritten nach jenen für Deliktsrecht. Vertragshaftung führt zu strikter Haftung mit einer starken Vorhersehbarkeitsgrenze, während im Deliktsrecht diesbezüglich keine wesentlichen Veränderungen eintreten werden.

4/127 In ihren Entscheidungen hinsichtlich des Verschuldensbegriffs enthalten sich die Gerichte allgemeiner Beurteilungen, Richtlinien oder Maßnahmen. Sie stellen normalerweise lediglich fest, ob das fragliche Verhalten unter den gegebenen Umständen der geforderten Sorgfaltspflicht entsprochen hat oder nicht, und bieten keine weitere Bewertung, wie Personen unter ähnlichen Umständen zu handeln verpflichtet sind.

III. Sonstige Fehler in der eigenen Sphäre

4/128 Das Prinzip *»respondeat superior«* ist sehr alt, es geht auf jene antike Vorstellung straf- und zivilrechtlicher Haftung zurück, wonach der Haushalt und sein Vorstand, der »pater familias«, für die Delikte verantwortlich sein soll, die durch Angehörige der Haushaltsgemeinschaft wie Frau, Kinder und andere begangen wurden. Im ungarischen Schadenersatzrecht wird allerdings die Haftung für Kinder und andere Personen, denen die Fähigkeit fehlt, die Folgen ihrer Handlungen vorherzusehen, nicht als Gehilfenhaftung verstanden, sondern als Haftung von Bewachern (Eltern oder anderen Aufsichtspersonen), die im Rahmen ihrer Beaufsichtigung unterlassen haben, der geforderten Sorgfaltspflicht zu entsprechen. Die Haftung für ihr Versagen in der Pflege und Beaufsichtigung eines Minderjährigen oder einer geistesgestörten Person ist eine Haftung für eigene Fahrlässigkeit, die auch Fahrlässigkeit in der Erziehung und Ausbildung des Kindes oder des Geistesgestörten einschließen kann. Das Grundprinzip ist aufrecht

198 *A. Kisfaludi,* A gazdasági társaságok nagy kézikönyve (2008) 369.
199 *Kisfaludi,* A gazdasági társaságok nagy kézikönyve 370.
200 Tafelgericht Szeged, Szegedi Ítélőtábla Pf. I. 20 079/2003. BDT 2004. Nr 959.

geblieben und an die wirtschaftlichen und sozialen Umstände angepasst worden, die sich dauernd[201] weiterentwickelt haben, denen oft unterschiedliche Wichtigkeit zukam, und die oft verschiedene Gedanken zum Ausdruck brachten. Wie *von Caemmerer* geschrieben hat, wurde der Gedanke der Haftung des Geschäftsherrn für die von seinen Gehilfen begangenen Delikte stets als gerecht und sozial notwendig betrachtet[202]. Die Wurzeln der Haftung des Dienstgebers für seine Dienstnehmer können bis zu diesem antiken, und in Rechtssystemen stets in irgendeiner Form präsenten Prinzip zurückverfolgt werden, doch in seiner gegenwärtigen Ausprägung ist es das Produkt einer modernen Entwicklung im Schadenersatzrecht. Die Haftung für Schaden, der von Dienstnehmern im Rahmen ihres Dienstverhältnisses verursacht wird, ist in modernen Privatrechtssystemen das Ergebnis einer relativ jungen Entwicklung. Sie stellt nicht eine logische Notwendigkeit eines bestimmten Systems dar, und es scheint, dass sie nicht auf die irgendeinem heutigen Schadenersatzsystem innewohnenden Prinzipien gegründet werden kann. Die Haftung des Dienstgebers für Schäden, die von seinen Dienstnehmern im Rahmen ihrer Beschäftigung verursacht werden, ist das Resultat der Dominanz von Unternehmen, sowie des komplexen und gut organisierten Systems von Produktion und Dienstleistungen, das arbeitsteilig funktioniert und darauf beruht, dass Dienstleistungen anderer Personen für die eigenen wirtschaftlichen Interessen benützt werden.

Unter dem Titel »Schadensverursachung durch Dienstnehmer, Genossen- **4/129**
schaftsmitglieder, Vertreter und Beauftragte« wurden im Zivilgesetzbuch 1959 drei spezielle Haftungsformen angesprochen, nämlich die Haftung von Dienstgebern für Dienstnehmer, die Haftung von Auftraggebern für Auftragnehmer, und die Haftung des Staates für öffentliche Amtsträger. Das Zivilgesetzbuch 2013 fügt eine weitere besondere Haftungsform hinzu: die Haftung von Organen juristischer Personen[203]. Soweit die stellvertretende Haftung des Dienstgebers für Hilfspersonen betroffen ist, gilt Folgendes: Wenn ein Dienstnehmer in Verbindung mit seinem Dienstverhältnis einem Dritten Schaden zufügt, und das Recht nichts anderes anordnet, trifft den Dienstgeber die Haftung gegenüber dem Geschädigten, sofern der Dienstnehmer selbst verantwortlich ist. Der Dienstgeber ist für das Fehlverhalten des Dienstnehmers haftbar, soweit dieses im Rahmen des Dienstverhältnisses erfolgt ist. Diese Bestimmung wird auch angewendet, wenn das Mitglied einer Genossenschaft im Zusammenhang mit seiner Mitgliedschaft einem Dritten Schaden zufügt. Bezüglich Amtshaftung gilt, dass Haftung für Schaden, der im Rahmen der staatlichen Verwaltung verursacht wird, erst dann wirksam wird, wenn

201 Zivilgesetzbuch 2013 § 6: 544 (3).
202 *E. von Caemmerer,* Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen, in: Gesammelte Schriften Band 3 (1983) 286.
203 Zivilgesetzbuch 1959 §§ 348–350. Zivilgesetzbuch 2013 §§ 6:540–6:549, insbesondere § 6:541.

das Opfer alle ordentlichen Rechtsmittel ohne Erfolg ausgeschöpft hat, oder wenn kein ordentliches Rechtsmittel zur Behebung des Schadens zur Verfügung steht. Soweit keine andere gesetzliche Regelung vorliegt, werden diese Vorschriften auch auf Schaden angewandt, der innerhalb des Zuständigkeitsbereichs eines Gerichts oder öffentlichen Anklägers verursacht wird. Was die Haftung von Geschäftsherrn für Vertreter betrifft, so haftet der Auftraggeber solidarisch mit seinem Auftragnehmer für jeden Schaden, der durch den Auftragnehmer in dieser Eigenschaft einem Dritten zugefügt wurde. Der Auftraggeber ist haftungsfrei, wenn er beweisen kann, dass er in der Auswahl, Unterweisung und Überwachung seines Beauftragten nicht nachlässig gehandelt hat. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf die Haftung von Personen, die Tätigkeiten ausüben, welche eine beträchtliche Gefahr in sich bergen. Bezüglich einer Dauervertretung, insbesondere wenn Geschäftsherr und Vertreter wirtschaftliche Organisationen sind, ist das Gericht ermächtigt, die Vorschriften über Haftung für Schaden, der von Dienstnehmern verursacht wird, auf das Verhältnis zwischen dem Opfer und dem Geschäftsherrn anzuwenden. Ein Klient ist nicht für den Schaden haftbar, der von seinem Rechtsvertreter verursacht worden ist. Ein Auftragnehmer haftet seinem Auftraggeber für jeden Schaden, den er verursacht, wie auch ein Vertreter, der nicht Dienstnehmer eines Klienten ist, diesem Klienten haftet. Ein Geschäftsherr oder Klient kann von einem Auftragnehmer oder Vertreter Rückvergütung von Zahlungen verlangen, die dieser an einen Dritten geleistet hat. Die Vorschriften des Arbeitsgesetzbuchs und gesonderter gesetzlicher Bestimmungen sind auf solche Ansprüche zwischen Dienstnehmern und Dienstgebern und zwischen Genossenschaften und ihren Mitgliedern anzuwenden. Wenn der Dienstnehmer den Schaden vorsätzlich verursacht hat, haftet er solidarisch mit dem Dienstgeber[204].

4/130 Die dieser Lösung zugrunde liegende rechtspolitische Erwägung ist, dass Vertreter und Dienstnehmer normalerweise im Interesse ihrer Geschäftsherrn und Dienstgeber handeln, und nicht in ihrem eigenen. Die Haftung des Dienstgebers und des Geschäftsherrn beruht auf dieser Überlegung. Der Unterschied zwischen dem Verhältnis von Dienstgeber und Dienstnehmer und dem Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter ist im Dauercharakter des Dienstverhältnisses und im punktuellen des Auftragsverhältnisses begründet. Das ist hauptsächlich eine Frage der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses nach seinem Inhalt. Deshalb sieht das Gesetzbuch die Möglichkeit vor, die Bestimmungen der Dienstgeberhaftung auf Fälle anzuwenden, in denen die Beauftragung Dauercharakter hat. Es macht das Problem der stellvertretenden Haftung des Dienstgebers für Hilfspersonen auf einer theoretischen und strukturellen Ebene komplizierter, dass der vom Dienstnehmer verursachte Schaden so behandelt werden soll, als ob

204 Zivilgesetzbuch 2013 § 6: 540 (3).

er durch das Unternehmen selbst verursacht worden wäre, und die Tätigkeit des Dienstnehmers deshalb der Gesellschaft zugerechnet wird, so dass die Frage auch im Licht des Wesens juristischer Persönlichkeit zu sehen ist.

Im Zentrum dieser besonderen Form von Haftung für Hilfspersonen liegt ein Qualifikationsproblem, das auch die Grenzen der Doktrin aufzeigt, nämlich die Frage, wer als Dienstnehmer gelten soll. In dieser Hinsicht spielt der Dienstnehmerbegriff auch eine wichtige Rolle in Rechtsordnungen, in denen bezüglich der Haftung für Hilfspersonen eine wesentliche Trennungslinie zwischen Dienstnehmer und selbständigem Unternehmer gezogen wird. Der Dienstgeber ist stellvertretend haftbar für Schaden, den ein Dienstnehmer verursacht, aber nicht für Schaden, den ein unabhängiger Unternehmer herbeigeführt hat. Dies hat auch einen hemmenden Einfluss auf Kategorienbildung, da eine Person entweder der einen oder der anderen Kategorie angehört. Vom Standpunkt der Haftung für Hilfspersonen gibt es keinen dritten Weg. Es liegt auf der Hand, dass die überaus wichtige Unterscheidung zwischen Dienstnehmer und selbständigem Unternehmer in den einschlägigen Fällen nicht nach der einen oder anderen starren Definition vorgenommen werden kann. Wenn die Qualifikation als Dienstnehmer oder selbständiger Unternehmer das direkte Ergebnis der Qualifikation des Vertrages zwischen dem Dienstgeber und dem Schädiger wäre, würde dies zu einer unvernünftigen Praxis führen, die nicht in der Lage ist, die rechtspolitischen Erwägungen zu reflektieren, die der Haftung für Hilfspersonen zugrunde liegen. **4/131**

Im ungarischen Schadenersatzrecht ist der entscheidende Faktor die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer. Die Qualifikation beruht auf den normalen Prüfungen für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag, Auftragsvertrag und Dienst- oder Arbeits-vertrag, die im ungarischen Recht verschiedene Vertragstypen darstellen. Die Hauptfaktoren der Unterscheidung sind das Recht und das Ausmaß der Kontrolle und Weisungserteilung, das Eigentum an den für die entsprechende Tätigkeit erforderlichen Sachmitteln, die Organisation der Arbeit, und die Art der Bestimmung des Preises. Als Hauptregel gilt, dass der Dienstnehmer nur auf Grund eines Arbeitsvertrags tätig ist, dass für einen Auftragnehmer Solidarhaftung gilt, und ein selbständiger Unternehmer nicht als Dienstnehmer behandelt wird. In manchen Fällen haben Gerichte die Haftung des Dienstgebers für Hilfspersonen auf Vertragsbeziehungen angewandt, die nicht als Dienstverträge galten[205], doch es scheint, dass man ohne entsprechendes Vertragsverhältnis nicht als Dienstgeber eines anderen betrachtet werden kann. **4/132**

Die andere Begrenzung der Verantwortlichkeit des Dienstgebers liegt darin, dass er nur dann für das Fehlverhalten einer Person haftet, die als sein Dienstnehmer behandelt wird, wenn das Verhalten, welches einem Dritten Schaden zugefügt **4/133**

205 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 20 854/1990. sz. BH 1991. Nr 314.

hat, in Verbindung mit dem Dienstverhältnis stattgefunden hat. Das heißt, es muss ein Zusammenhang zwischen dem Dienstverhältnis und dem einem Dritten zugefügten Schaden bestehen. Manchmal scheint das leicht zu entscheiden zu sein, doch es gibt auch Grenzfälle, die zeigen, dass bestimmte Situationen nicht mit klaren logischen Mitteln auf einer theoretischen Ebene zu bewältigen sind. Gelegentlich führt dieses Problem zu Widersprüchen in der Judikatur.

4/134 Es bestehen gewisse Tendenzen bei der Beurteilung, ob der Dienstnehmer in Verbindung mit dem Dienstverhältnis gehandelt hat oder nicht. Die Frage ist äußerst wichtig, denn sie bestimmt die Grenzen der Haftung des Dienstgebers und bestimmt das Risiko, das auf ihn verlagert werden soll. Eine der Tendenzen besteht darin, einfache Ansätze aufzugeben und ein komplexeres System erheblicher Faktoren anzuwenden. Die Gerichte versuchen, alle erheblichen Umstände des Falles zu berücksichtigen, und sie bringen solche Fälle in Verbindung mit dem Dienstverhältnis, die nicht als Teil der Tätigkeit betrachtet werden können, doch nach einem allgemeinen Verständnis von Gerechtigkeit und Wirklichkeitssinn von diesem nicht getrennt werden können, wie die Begehung einer Straftat, das Anzünden einer Zigarette oder Befugnismissbrauch. Das Risiko dieser Tätigkeiten wird auf den Dienstgeber verlagert. Gleichzeitig verlangen die Gerichte stets einen Zusammenhang zwischen der Handlung des Dienstnehmers und dem Dienstverhältnis. Dies mag als reine Tatsachenfrage erscheinen, doch sie involviert zwangsläufig auch rechtliche Erwägungen.

4/135 Die Formulierung »in Verbindung mit seinem Dienstverhältnis« ist relativ weit gefasst, da sie auch Fälle einschließt, in denen der Dienstnehmer außerhalb seines streng begrenzten Tätigkeitsbereichs handelt oder außerhalb der Aufsicht durch seinen Dienstgeber arbeitet[206]. Wenn zB der Dienstnehmer seine Befugnisse überschreitet und als »falsus procurator« ohne das Recht, namens seines Dienstgebers zu handeln (und überdies im Begriff, dabei mit gefälschten Dokumenten eine strafbare Handlung zu begehen), Waren bestellt, ist der Dienstgeber gegenüber der anderen Partei, mit welcher der Vertrag nicht abgeschlossen werden konnte, und die in Unkenntnis der Vorspiegelung falscher Tatsachen war, stellvertretend haftbar[207]. Wenn andererseits ein Arzt während seines Urlaubs außerhalb seines Praxisgebiets ohne Entgelt arbeitet, ist sein Dienstgeber nicht stellvertretend haftbar, da die Tätigkeit des Arztes nicht in Verbindung mit seinem Dienstverhältnis stattfindet[208]. Grundlage der Haftung für Hilfspersonen seitens des Dienstgebers ist der Umstand, dass der Dienstnehmer ein Unrecht begangen hat, für das er nach Schadenersatzrecht einstehen sollte, und er sich entlasten kann, indem er zeigt, dass er als Dienstnehmer nicht haften sollte.

206 *Gy. Eörsi,* Kötelmi jog, általános rész (1981) 298.
207 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gf. I. 31.500/1993. sz. BH 1994. Nr 96.
208 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. V. 20.063/1995. sz. BH 1996. Nr 89.

Eine wesentliche Frage bei der Entwicklung des Systems der Haftung für Hilfspersonen ist darauf gerichtet, ob der Dienstnehmer weiter haften soll, oder ob die stellvertretende Haftung des Dienstgebers die Haftung des Dienstnehmers gegenüber dem Geschädigten ausschließt. Das scheint eine Frage für die Rechtspolitik zu sein. Betont man die Interessen des Opfers und nimmt man an, das Hauptziel der Haftung für Hilfspersonen sei die Schadensdeckung, könnte sich Solidarhaftung von Dienstgeber und Dienstnehmer als die beste Lösung erweisen. In diesem Fall könnte der Gläubiger wählen, wen er klagen will, und von wem er erwartet, schneller und sicherer Ersatz zu erlangen. **4/136**

Betont man den Gedanken, dass die Tätigkeit des Dienstnehmers als die des Dienstgebers betrachtet werden soll, oder wenn man an die Funktion der Risikozuweisung in der Gesellschaft denkt, sollte man meinen, dass nicht der Dienstnehmer, sondern nur der Dienstgeber haften soll. Das ist der Grundgedanke der ungarischen gesetzlichen Regelung, nach der die verletzte Partei nur den Dienstgeber klagen kann[209]. Der Dienstgeber kann Entschädigung nach den Bestimmungen des Arbeitsrechts begehren, welche die Haftung des Dienstnehmers eng begrenzen. In diesem System ist nur der Dienstgeber haftbar, und er kann nach Arbeitsrecht nur begrenzt Rückerstattung vom Dienstnehmer erlangen. **4/137**

Der schwächste Punkt des Systems der Haftung für Hilfspersonen besteht darin, dass die Qualifikation der Vertragsbeziehung das entscheidende Element für die Begründung der Haftung für das Verhalten anderer bildet. Dieses System gibt den Gerichten nicht genügend Spielraum, die wesentliche Beziehung festzustellen, die zu stellvertretender Haftung und angemessener Risikozuweisung führen soll. Dem beweglichen System des Schadenersatzrechts könnte nur ein beweglicher Begriff von Haftung für Hilfspersonen gerecht werden, der den Gerichten erlaubt, bei der Beurteilung, ob stellvertretende Haftung eintreten soll, alle erheblichen Faktoren abzuwägen. **4/138**

Das Zivilgesetzbuch 2013 ändert nichts an der Struktur der gesetzlichen Regelung, obwohl es diese an einigen Punkten verfeinert, zB indem es für den Fall vorsätzlichen Fehlverhaltens den Dienstnehmer gemeinsam mit dem Dienstgeber solidarisch haften lässt. Das System wird durch eine Vorschrift über Hilfspersonen ergänzt, die vorsieht, dass Parteien anderer Verträge für Schaden haften, der von ihrem Schuldner verursacht wird, während er bei der Erfüllung seines Vertrages mit ihnen in einer Rechtsbeziehung steht, es sei denn, sie benennen den tatsächlichen Täter[210]. Haftung der Gesellschaft für Fehlverhalten ihrer leitenden Angestellten wird ebenfalls der Haftung für Hilfspersonen zugewiesen. Im alten Recht sieht das Gesellschaftsrecht vor, dass die Gesellschaft für Schaden haftet, **4/139**

209 *Eörsi,* Kötelmi jog, általános rész 299.
210 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:543.

der von ihrem Vorstand im Rahmen seiner Funktion verursacht worden ist[211]. Das Zivilgesetzbuch 2013 hat jedoch für Gesellschaftsvorstände ein neues Risikozuweisungssystem eingeführt, wonach dann, wenn der Vorstand einer juristischen Person in Verbindung mit seiner Funktion einem Dritten Schaden zufügt, der Vorstand und die juristische Person gegenüber dem Opfer solidarisch haften[212]. Der Umfang dieser neuen Haftungsregel ist durchaus nicht klar. Sie belastet potentiell Geschäftsführer mit einem sehr hohen Risiko, und die Judikatur dazu ist noch unberechenbar.

4/140 Im ungarischen Schadenersatzrecht existieren keine besonderen Regelungen bezüglich der Haftung für Sachen, mit Ausnahme einer Bestimmung über Tierschaden. Es wird zwischen Haustieren und wilden Tieren unterschieden. Für Schaden, den ein Haustier verursacht, haftet der Eigentümer nach den allgemeinen Haftungsvorschriften, während Haftung für Schäden, die von wilden Tieren verursacht werden, nach den speziellen Vorschriften stellvertretender Haftung erfolgt.

IV. Gefährlichkeit

4/141 Die allgemeine Zurechnungsregel mit ihren beweglichen Elementen und dem System der Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens könnte dafür ausreichen, dem Opfer einen Beweisnotstand zu ersparen und einen angemessenen Mechanismus der Risikozuweisung für gefährliche Tätigkeiten bereitzustellen. Diese Regel wird in manchen Fällen von den Gerichten verwendet, um strikte Haftung in Fällen zu bewirken, die normalerweise nicht in den Rahmen solcher Haftungstypen fallen würden[213]. Das kann auch klar bei der Haftungsüberwälzung auf Spitäler in manchen Fällen von Behandlungsfehlern gesehen werden.

211 Gesetz Nr. CXLIV aus 1997 über die Wirtschaftsgesellschaften § 29 (3).

212 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:541.

213 Durch Anwendung allgemeiner Schadenersatzvorschriften konnte die Judikatur dasselbe Ergebnis erzielen wie durch Produkthaftungsregeln. In einem Fall, der nach der Rechtslage vor dem Produkthaftungsgesetz entschieden wurde, wollte ein Kind im Auftrag seiner Mutter in einem Geschäft Salzsäure kaufen. Wegen eines Defekts der Flasche spritzte Säure in das Gesicht des Mädchens und führte zu seiner Erblindung. Es wurde gegen das Geschäft und den vermutlichen Erzeuger Klage eingebracht. Das Gericht wies die Klage gegen den Erzeuger ab, da sich herausstellte, dass das Geschäft Salzsäure von zwei verschiedenen Erzeugern gekauft hatte, und es nicht möglich war zu entscheiden, welcher der beiden das schadhafte Produkt erzeugt hatte. Das Gericht machte das Geschäft für eine außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit haftbar, und verfügte damit eine strikte Haftung des Geschäfts. Wenn das Geschäft als Verkäufer den Beweis erbringen hätte können, wer das Produkt erzeugt hatte, hätte die Haftung den Erzeuger getroffen. Das Gericht sollte unter dem Produkthaftungsgesetz 1993 zum selben Ergebnis gelangen. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 21 046/1992. sz. BH 1993. Nr 678.

4/142 Das ungarische Recht sieht allerdings einen besonderen Haftungstypus für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten vor. Nach diesem besonderen Typus ist eine Person, die eine Tätigkeit ausübt, welche beträchtliche Gefahren in sich birgt, für jeden Schaden verantwortlich, den diese Tätigkeit verursacht[214]. Der Betreiber ist von der Haftung befreit, wenn er beweist, dass der Schaden aus einem unvermeidbaren Grund eingetreten ist, der außerhalb des Tätigkeitsrahmens liegt, welcher besondere Gefahren enthält, oder auf unrechtmäßigem Verhalten seitens des Opfers beruht. Weder der Rahmen außergewöhnlich gefährlicher Tätigkeiten noch der Betreiber der Tätigkeit wird im Zivilgesetzbuch definiert, noch gibt es diesbezüglich Richtlinien. Die Richtlinien für die Annahme und den Umfang einer außergewöhnlich gefährlichen Natur der Tätigkeit und die Bestimmung der Person (des Betreibers), die für diese Tätigkeit haftbar sein soll, sind in der Judikatur erarbeitet worden. Bei der Bewertung einer Tätigkeit als außergewöhnlich gefährlich soll das Gericht alle Umstände des Falles erwägen. Es gibt Tätigkeiten, die unter bestimmten Umständen als außergewöhnlich gefährlich anzusehen sind und zu strikter Haftung führen, während dies unter anderen Umständen nicht der Fall ist. In der Judikatur wird das Betreiben eines Kraftfahrzeugs oder von Industriemaschinen, Chemikalien, Sprengstoff, Säuren oder anderen gefährlichen Materialien, sowie Tätigkeiten, die besondere Vorsichtsmaßnahmen erfordern, wie Bergbau, Brunnenbau, usw als außergewöhnlich gefährlich eingestuft und führt zur Anwendung der Vorschriften über strikte Haftung. Wilde Tiere und traditionelle Umweltschäden unterliegen gleichfalls den Vorschriften über strikte Haftung für gefährliche Tätigkeit. Bauarbeiten können ebenfalls als außergewöhnlich gefährlich eingestuft werden, während dies für bestimmte andere Tätigkeiten – wie die Benützung von Haushaltsgeräten, oder Feuer zum Anzünden einer Zigarette zu verwenden – regelmäßig nicht der Fall ist, auch wenn sie wirklich gefährlich sein können. Der Begriff der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit, der zur Anwendung strikter Haftung führt, ist ein offener Begriff, der den Gerichten einen weiten Spielraum gewährt. Auch wenn es typische Tätigkeiten gibt, die in diese Kategorie fallen, benützen Gerichte manchmal den offenen und abstrakten Charakter dieser Vorstellung einfach dazu, das Risiko nach Gutdünken

---

214 Zivilgesetzbuch 1959 § 345. Nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuchs 2013 (§§ 6:535 f) ist der Betreiber einer außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit verpflichtet, den daraus erfolgenden Schaden zu ersetzen. Er ist von der Haftung befreit, wenn er nachweist, dass der Schaden aus einem unvermeidbaren Grund eingetreten ist, der außerhalb des Rahmens der Tätigkeit liegt. Die Vorschriften über außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit werden auf diejenigen angewandt, welche die menschliche Umwelt gefährden und durch ihr Verhalten Schaden verursachen. Jeder Ausschluss oder jede Beschränkung der Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit ist null und nichtig; Sachschaden ist durch diese Einschränkung nicht betroffen. Die Person, in deren Interesse die Tätigkeit erfolgt, wird als Betreiber der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit betrachtet. Mehrere Betreiber der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit werden als Tätermehrheit betrachtet.

zu verlagern, indem sie strikte Haftung verfügen. Auch chirurgische Operationen können als außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit qualifiziert werden und strikte Haftung des Spitals auslösen, obwohl normalerweise die Haftung des Gesundheitsdienstleisters Verschuldenshaftung ist[215].

4/143 Die Besonderheit der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit ist nicht nur die Verschiebung der Sorgfaltspflicht in die Richtung einer absoluten oder objektiven Haftung, sondern auch die Verlagerung des Risikos vom direkten Täter auf den Betreiber der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit. Der Begriff des Betreibers – wie auch der Begriff der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit – ist beweglich. Der Eigentümer ist die Person, die in der Lage ist, die Tätigkeit zu beherrschen, oder in deren direktem Interesse die Tätigkeit liegt; zB der Grundeigentümer, der die Besprühung mit Chemikalien anordnet, ist als Betreiber der Tätigkeit zu betrachten, und unterliegt als solcher den Vorschriften über strikte Haftung[216]. Das Zivilgesetzbuch 2013 rückt Interessen an der Durchführung der Tätigkeit in den Vordergrund, indem es vorsieht, dass die Person, in deren Interesse die Tätigkeit erfolgt, als Betreiber der außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit zu betrachten ist[217]. Es ist noch nicht klar, wie diese vereinfachte Vorstellung in der gerichtlichen Praxis interpretiert werden wird. Da allerdings der Begriff Interesse weit genug ist, auch komplexe Auslegungen zuzulassen, wird sich die Judikatur vermutlich nicht ändern.

4/144 Es gibt keine Unterscheidung zwischen dem Halten einer gefährlichen Sache und der Verfolgung einer gefährlichen Tätigkeit; das Halten einer gefährlichen Sache kann eine gefährliche Tätigkeit darstellen, die nach normalen Tests unter die Anwendung der Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten fällt. Im ungarischen Recht existiert keine besondere Form der Unternehmenshaftung.

4/145 Die strikte Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit enthält zwei wichtige Elemente, welche die Lage des Opfers erleichtern. Erstens wird die Haftung dem Betreiber der Tätigkeit auferlegt und nicht nur der Person, deren Verhalten tatsächlich zum Schaden geführt hat. Das führt in einer großen Zahl von Fällen zu einer Tätermehrheit, da die Person, zB der Lenker des Fahrzeugs, nach den allgemeinen Zurechnungsregeln haftet, während für den Halter strikte Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten gilt. Da die Risiken solcher Tätigkeiten zumeist versicherbar sind und tatsächlich versichert werden, besteht eine größere Chance für das Opfer, seinen erlittenen Schaden ersetzt zu erhalten. Zweitens besteht ein sehr enges Manövrierfeld für den Betreiber, denn falls er nicht

215 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 25.423/2002. sz. BH 2005. Nr 251. In diesem Fall wurde für eine Operation ein elektrisches Messer verwendet, und durch den Funkenflug vom Messer wurde die Flüssigkeit entzündet, die für die Desinfektion der Haut des Patienten verwendet wurde. Dadurch geriet der Patient in Brand und starb.

216 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gfv. XI. 30.293/2006. sz. BH 2007. Nr 301.

217 Zivilgesetzbuch 2013 § 6:536.

beweisen kann, dass die Schadensursache außerhalb des Tätigkeitsbereichs lag *und* auch unvermeidlich war, wird seine Haftung festgestellt werden. Die Gerichte haben diese spezielle Art der Haftung erfolgreich auf Fälle der Produkthaftung angewandt[218].

In gewisser Weise kann diese spezielle Art der Haftung zu einer besseren Stellung des Opfers führen, als die Vorschriften zur Produkthaftung, da zB keine Ausnahme für Mängel besteht, die auf Grund der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung nicht erkennbar waren. In Produkthaftungsfällen sind allerdings die Vorschriften über Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit nicht anzuwenden[219], obgleich ungarische Gerichte die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs nicht anzuwenden scheinen, welche die Produkthaftungsrichtlinie als maximale Harmonisierungsregelung betrachtet[220]. **4/146**

V. Erlaubter Eingriff

Im ungarischen Schadenersatzrecht existieren keine besonderen Vorschriften oder Lehren bezüglich erlaubter Eingriffe. Wenn die Partei der Beeinträchtigung geschützter Interessen zugestimmt hat, kann dies einen Umstand bilden, der Rechtswidrigkeit ausschließt, doch nur dann, wenn das Fehlverhalten durch eine gültige Vereinbarung der Parteien gestattet wird. Ist dies nicht der Fall, findet in der Judikatur keine abweichende Behandlung der Haftungsfrage statt. **4/147**

VI. Wirtschaftliche Tragfähigkeit

Die Fähigkeit, die Belastung durch einen Schaden zu tragen, kann einen beachtlichen Faktor sowohl auf einer theoretisch-strukturellen als auch auf einer praktischen Ebene bilden. Auf einer theoretisch-strukturellen Ebene ist es eine der rechtspolitischen Grundlagen der Gehilfenhaftung des Dienstgebers, dass dieser Risiken übernehmen kann und soll, und die Kosten dieser Risiken unter den Vertragsparteien streuen kann, indem er sie in die Produktionskosten einkalkuliert. Derart können die Kosten der Risikovermeidung durch Versicherung auf einem **4/148**

218 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III. 21 046/1992. sz. BH 1993. Nr 678.

219 EuGH 25. April 2002 – C-183/00 *Maria Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA* Slg. 2002, I-3901; EuGH 25. April 2002 – C-52/00 *EC Commission v. French Republic* Slg. 2002 I-3827; und EuGH 25. April 2002 – C-154/00 *EC Commission v. Hellenic Republic* Slg. 2002 I-3879.

220 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 20.288/2008. sz. EBH 2008. Nr 1781.

optimalen Niveau gehalten werden. Das Ziel, das Opfer zu schützen, rechtfertigt die Haftung des Dienstgebers, der meist wirtschaftlich stärker ist, und es gibt keinen Grund, den Verletzten gegen den wirtschaftlich schwächeren Dienstnehmer vorgehen zu lassen *(deep-pocket rule).* Der Dienstgeber ist in der Lage, die Kosten des auf ihn überwälzten Risikos durch Gehilfenhaftung unter seinen eigenen Geschäftspartnern und Konsumenten zu streuen, da er es in den Preis seiner Produkte oder Dienstleistungen einkalkulieren kann[221]. Praktisch gesehen kann das entweder ein Element des beweglichen Systems bilden, wie *Marton* vorgeschlagen hat, oder als Vorschrift für Haftungsbegrenzung formuliert werden, wie dies im Zivilgesetzbuch 1959 und im Zivilgesetzbuch 2013 geschehen ist. Diese Vorschrift gibt dem Gericht die Möglichkeit, aus besonderen Billigkeitserwägungen Ersatz zuzusprechen, der geringer ist als der erlittene Schaden[222]. Die wirtschaftliche Lage der Parteien bildet gelegentlich ein erkennbares Element der Risikozuweisung, auch wenn sich die Gerichte nicht ausdrücklich darauf berufen[223].

VII. Gewinnerzielung

4/149 Dass das Risiko dort liegen soll, wo der Gewinn erzielt wird, ist ein allgemeines Prinzip der Risikozuweisung, das auch eine der Grundlagen der Gehilfenhaftung bildet. Es scheint jedoch nicht, dass diese Auffassung ein Dogma des ungarischen Schadenersatzrechts werden könnte. Obwohl sie möglicherweise stillschweigend in ihre Entscheidungen einfließt, haben sich die Gerichte bisher nicht ausdrücklich auf sie berufen. Sie ist sicher ein Teil des Tests für die erforderliche Sorgfalt, doch da die Begründungen der Gerichte diesbezüglich normalerweise nicht sehr klar und ausführlich sind, ist es schwierig, auf Grund der veröffentlichten Entscheidungen eine Beurteilung vorzunehmen. Sie hätte auch eine gute Grundlage für die Einführung einer Unternehmenshaftung bilden können, doch diese wurde bei der Vorbereitung des Zivilgesetzbuchs 2013 nicht in Betracht gezogen.

---

221 *Von Caemmerer,* Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen 290 f.

222 Zivilgesetzbuch 1959 § 339 (2), Zivilgesetzbuch 2013 § 6:522 (4).

223 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. III. 22.064/2004. sz. EBH 2005. Nr 1207, wo die Gerichte der Witwe und dem Waisenkind eines Mannes Schadenersatz zusprachen, der beim Versuch der Rettung eines anderen Lenkers und dessen Fahrzeugs den Tod erlitt. Beklagt war der Straßenerhalter.

VIII. Versicherbarkeit und Versichertsein

Es sind keine vergleichenden Statistiken zugänglich – und solche wurden auch nie angelegt –, die beweisen könnten, dass Gerichte eher geneigt sind, Schadenersatz zuzusprechen, wenn das Risiko letztlich nicht vom Beklagten, sondern von einem Versicherungsunternehmen getragen wird. Die Tendenz scheint jedoch erkennbar zu sein, dass es weitaus einfacher für den Kläger ist, Ersatz zu erlangen, wenn der Beklagte ein Versicherungsunternehmen ist. Gerichte neigen dazu, Schadenersatz zuzuerkennen, wenn der Beklagte eine Versicherung ist, oder dem Beklagten Deckung durch eine Haftpflichtversicherung zur Verfügung steht. Dies zu beweisen ist allerdings sehr schwierig, doch es könnte einen Faktor bei der Ausweitung der Berufshaftpflichtversicherung auf Gebiete darstellen, in denen Versicherung für potentielle Beklagte erhältlich ist, auch wenn Haftpflichtversicherung nicht die Grundlage für die Feststellung von Haftung bilden soll. In Fällen, in denen das Versicherungsunternehmen direkt geklagt werden kann, mag diese Tendenz durch den Umstand verstärkt werden, dass Versicherungsunternehmen zumeist versuchen, sich auf den Versicherungsvertrag zu berufen, um ihrer Zahlungsverpflichtung zu entgehen, und weniger geneigt sind, ihre Verteidigung auf den Haftungsfall selbst zu stützen. **4/150**

IX. Der Gedanke der Risikogemeinschaft

Versicherung erzeugt einen Mechanismus, der nicht nur Risiko verlagert, sondern dieses unter den Mitgliedern der Risikogemeinschaft streut. Diese Risikostreuung bedeutet nicht nur vertragliche Risikoüberwälzung vom Versicherten auf das Versicherungsunternehmen, sondern stellt ein umfassendes Modell dar. Nicht nur die Produkthaftung, sondern auch das System vertraglicher Garantien oder anderer Rechtsbehelfe für Vertragsverletzungen allgemein können diesem Mechanismus nachgebildet werden, wenn die Partei, welche die vertragliche oder gesetzliche Haftung trägt, in der Lage ist, die Kosten des jeweiligen Risikos unter ihren Vertragspartnern (Konsumenten) zu verteilen. Unternehmen, die Dienstleistungen für einen großen Kreis von Konsumenten anbieten, zB Autovermietungen, bilden auch eine Risikogemeinschaft unter ihren Abnehmern und kalkulieren die Schäden in ihre Preise ein. Sie wenden auch Vertragsmethoden an, speziell in ihrer Preisbildungspolitik, um die beiden strukturellen Probleme der Versicherung zu bewältigen, nämlich moralisches Fehlverhalten und Negativauswahl. Versicherung als Risikostreuungsmodell ist ein wichtiger Faktor bei der Bildung von Risikogemeinschaften durch Gesetzgebung, wie Produkthaftung, gesetzliche Garantien, Konsumentenrechte usw. **4/151**

X. Das Zusammenspiel von Zurechnungselementen

4/152 In der Theorie bestehen vier Haftungsvoraussetzungen, die unabhängig voneinander zu definieren sind: Schaden, rechtswidriges Verhalten, Kausalzusammenhang und Verschulden. Das ungarische Schadenersatzrecht ist ein System mit Umkehr der Beweislast: Schaden und Kausalzusammenhang mit dem Verhalten des Beklagten sind vom Kläger zu beweisen, während rechtswidriges Verhalten vermutet wird. Um der Haftung zu entgehen, muss der Beklagte beweisen, dass sein Verhalten rechtmäßig war, oder dass er der geforderten Sorgfaltspflicht entsprochen hat, oder andere Entlastungsgründe vorliegen (im Fall besonderer Arten von Haftung). Die Haftungsvoraussetzungen funktionieren jedoch nie in dieser Weise im beweglichen System des Schadenersatzrechts.

4/153 Die Korrelation zwischen der Art des Verschuldens und der Gefährlichkeit der Tätigkeit besteht bereits auf der Ebene gesetzlicher Bestimmungen, da für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten ein Mechanismus verschuldensunabhängiger Haftung existiert. Wenn im Haftungssystem, das auf Verschulden gegründet ist, verschuldensunabhängige Haftung verfügt wird, wie in Arzthaftungsfällen, ist nicht klar, ob der Grund dafür in der involvierten Gefahr liegt, oder im hohen Rang der geschützten Rechte und Interessen (Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit). Es scheint, dass in der Struktur des ungarischen Rechts solche Korrelationen durch die spezielle Form der Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit angemessen geregelt werden, die selbst einen beweglichen Mechanismus bildet, indem dem Richter die Entscheidung erlaubt wird, welche Fälle diesem speziellen Mechanismus und dem System der Beweislastumkehr unterworfen werden sollen, sowie durch die bewegliche und objektive Auffassung von Verschulden.

4/154 Ein solches Zusammenspiel erfolgt allerdings auch auf der strukturellen Ebene. Es ist nicht nur unmöglich, die Begriffe Verschulden und Rechtswidrigkeit als Elemente der Risikozuweisung in der Praxis klar auseinanderzuhalten, sondern Verschulden und Kausalität können sich ebenfalls begrifflich überschneiden. Die Antwort der Gerichte auf Probleme wie reiner Vermögensschaden oder Verlust einer Chance kann entweder als Frage des Schadensbegriffs oder als Frage nach der Kausalität beschrieben und untersucht werden. Die ungarische Theorie und Praxis neigen dazu, sie als Kausalitätsprobleme zu behandeln.

XI. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten

4/155 Die Struktur des Mitverschuldens des Geschädigten kann auf mehrere Arten gesehen und beschrieben werden. Das mag ein Grund dafür sein, dass verschiedene

Theorien zu dieser Problematik entwickelt werden können. Da nach dem System der Deliktshaftung zweifellos nur Schäden, die von anderen Personen verursacht werden, diesen zugerechnet werden können, und das Opfer einen selbstverursachten Schaden selbst tragen muss, scheinen diese verschiedenen Wege zum selben Ergebnis zu führen. Das Zivilgesetzbuch selbst enthält verschiedene Strukturen der Mitverantwortlichkeit.

Da eine spezielle Regelung fehlt, kann Mitverantwortlichkeit des Geschä- **4/156**
digten als eine Konstellation von Tätermehrheit beschrieben werden, in welcher das Opfer und der (die) andere(n) Täter den Schaden gemeinsam verursacht haben. Im Innenverhältnis haften sie anteilsmäßig, wie mehrere Täter im Allgemeinen, und das Opfer hat seinen Schaden im Verhältnis zu seinem Beitrag zu tragen. Gleichzeitig sah das Zivilgesetzbuch 1959 ausdrücklich eine Verpflichtung des Opfers vor, Schaden zu verhüten und die Folgen von Fehlverhalten zu vermeiden, da es anordnet, dass das Opfer zwecks Schadensverhütung und -minderung verpflichtet ist, so zu handeln, wie unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet wird. Diese Bestimmung war ein Spiegelbild der Verschuldenshaftung und entsprach dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Schaden, der als Folge von Nichtbeachtung dieser Pflicht eintritt, wird nicht ersetzt. Die Vorschrift enthielt eine Lösung der Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen, da sie auch vorsah, dass der Geschädigte für Unterlassungen von Personen einsteht, für die er verantwortlich ist. Das Zivilgesetzbuch 2013 hat diesen Ansatz beibehalten und verfeinert diese Norm durch die Ergänzung, dass die Schadenersatzleistung unter den Tätern im Verhältnis zu ihrem unrechtmäßigen Verhalten oder mangels eines solchen im Verhältnis zu ihrem Beitrag geteilt wird. Wenn der Anteil am unrechtmäßigen Verhalten und der Beitrag nicht festgestellt werden kann, soll der Schaden durch die Täter zu gleichen Teilen ersetzt werden[224]. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten kann nie zum Ausschluss der Haftung des Täters führen.

Darüber hinaus enthält die gesetzliche Regelung unter dem Titel Haftung für **4/157**
außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit die Vorschrift, dass ein Schaden nicht ersetzt werden soll, soweit er die Folge von Fahrlässigkeit seitens des Opfers ist[225], doch dass die gefährliche Natur der Tätigkeit in die Sphäre des Betreibers fallen müsse, was normalerweise zur Anlegung strikterer Maßstäbe an den Betreiber als

224 Zivilgesetzbuch 1959 § 340, Zivilgesetzbuch 2013 § 6:525. Der Geschädigte ist verpflichtet, den Schaden zu vermeiden und zu mindern. Schaden, der infolge einer unrechtmäßigen Verletzung dieser Verpflichtung eintritt, wird nicht ersetzt. Der Schaden ist zwischen dem Täter und dem Geschädigten im Verhältnis ihres jeweiligen unrechtmäßigen Verhaltens zu teilen, oder mangels eines solchen im Verhältnis ihres jeweiligen Beitrags. Wenn auch das Verhältnis ihrer jeweiligen Beiträge nicht bestimmt werden kann, ist der Schaden durch den Täter und den Verletzten zu gleichen Teilen zu ersetzen. Der Verletzte haftet für Unterlassungen jener Personen, für die er verantwortlich ist.

225 Zivilgesetzbuch 1959 § 345 (2).

an das Opfer führt[226]. Gerichte haben breites Ermessen für die Abwägung der Umstände des Falles, die Bewertung des Verhaltens der Parteien und die Erwägung der anderen Elemente des beweglichen Systems, wenn sie das Verhältnis der Risikoverteilung unter den Parteien bestimmen. Bezüglich der Anwendung dieser speziellen Vorschrift war nicht klar, wie der Beitrag von handlungsunfähigen Personen zu berücksichtigen wäre. Die Judikatur hat dieses Problem mit der Feststellung gelöst, dass der Beitrag solcher Personen unerheblich und kein Grund dafür sei, die Haftung des Betreibers zu mindern oder zu begrenzen[227]. Das Zivilgesetzbuch 2013 gibt ein deutlicheres Bild, indem es vorsieht, dass der Betreiber nicht verpflichtet ist, Schaden zu ersetzen, der aus mitwirkender Fahrlässigkeit des Opfers entsteht. Bei der Anteilsfestsetzung bezüglich des Schadens ist die außergewöhnlich gefährliche Natur zu Lasten des Betreibers zu veranschlagen. Wenn eine Person, die nicht in der Lage ist, die Folgen ihres Verhaltens vorherzusehen, zur Verursachung von Schaden beiträgt, ist der Betreiber für diese Person haftbar. Der Betreiber hat das Recht, Ansprüche gegen die Aufsichtsperson solcher Personen geltend zu machen[228]. Obwohl im Zusammenhang mit Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeit eine spezielle Vorschrift bezüglich mitwirkender Fahrlässigkeit des Geschädigten existiert, die in der Judikatur verfeinert und genau beschrieben wurde, bleibt als Grundgedanke hinter der Regelung doch jener der Tätermehrheit bestehen, mit der Korrektur, dass dann, wenn sowohl der Betreiber als auch das Opfer Schaden erlitten, die Schadensteilung unter ihnen nicht nach den allgemeinen Regeln erfolgen soll, sondern dem Täter die Last der außergewöhnlich gefährlichen Natur der Tätigkeit zugeteilt werden soll.

226 Oberstes Gericht, Richtlinie PK Nr 38.
227 Oberstes Gericht, Richtlinie PK Nr 39.
228 Diese Bestimmung übernimmt die Judikatur, wie sie in den Richtlinien des Obersten Gerichts PK Nr 38 und 39 zum Ausdruck kommt. Zivilgesetzbuch 2013 § 6:537.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

I. Das Grundproblem zu weiter Zurechnung

Die Begrenzung der Zurechnung ist ebenso ein selbstverständlicher Bestandteil eines Schadenersatzsystems wie die Zurechnung selbst. Die Schlussfolgerung, dass »Schadenersatzrecht ebenso die Nichthaftung wie die Haftung betrifft«[229] stimmt auch für das ungarische Schadenersatzrecht. Aus der beweglichen Struktur des Schadenersatzrechts folgt, dass bei den beiden wichtigsten Aspekten der Zurechnung, nämlich Verantwortlichkeit und Verursachung, der Gesetzgeber dem Richter den größten Spielraum einräumt und ihm die Beurteilung des Falles völlig in die Hand gibt. Das heißt, dass dann, wenn man Begrenzungen der Zurechnung sucht, diese auch in der Gerichtspraxis finden wird. Eine Ausnahme bildet die gesetzliche Ermächtigung der Gerichte, den Schadenersatz aus Gründen der Billigkeit zu mindern. **4/158**

Aus der beweglichen Natur des Schadenersatzrechts folgt, dass die Gesetzgebung selbst nicht Zurechnungsbegrenzungen festsetzt, sondern dies hauptsächlich der Judikatur überlässt, ohne für diese Begrenzungen Richtlinien vorzugeben. Das ist zum Teil ein Abweichen vom früheren Privatrecht, zum Teil das Ergebnis einer Entwicklung. Das ungarische Privatrecht vor dem Zweiten Weltkrieg hat zwei wichtige Begrenzungen herausgearbeitet. Eine davon lautete, dass Vermögensschaden, gleichgültig ob nach moderner Terminologie »rein« oder nicht, nur in Fällen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ersetzt werden konnte. In Fällen einfacher Fahrlässigkeit konnte nur der positive Schaden (damnum emergens) ersetzt werden, nicht jedoch Vermögensschaden[230]. Die andere wichtige Begrenzung ging dahin, dass die Gerichte die Vorhersehbarkeitsgrenze in der überwiegenden Zahl der Fälle anwandten und sich ausdrücklich auf sie beriefen, obgleich unser Schadenersatzrecht sie nicht als allgemeine Begrenzung angenommen hatte[231]. Die erste Begrenzung, Vermögensschaden nur in Fällen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu ersetzen, ist beschränkt worden. Der Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1928[232] sah vor: »jene außerordentlichen Schäden, die infolge einer zufälligen Einwirkung von Umständen auftreten, die durch den Täter nicht vorhersehbar waren, sind nur zu ersetzen, wenn den Täter Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit **4/159**

229 *C. von Bar,* Gemeineuropäisches Deliktsrecht Band 2 (1999) in FN 1.
230 *Grosschmid,* Fejezetek kötelmi jogunk köréből I (1932) 671.
231 *Grosschmid,* Fejezetek kötelmi jogunk köréből I 658.
232 § 1111.

trifft«[233]. Die zweite Begrenzung, die Vorhersehbarkeitsgrenze, wurde nicht als eigene Bestimmung in das Zivilgesetzbuch 1959 aufgenommen. Die Gründe dafür, dass sie aufgegeben wurde, sind nicht völlig klar, doch aus theoretischen Erklärungen zur gesetzlichen Regelung geht hervor, dass einerseits angenommen wurde, die Vorhersehbarkeit des verursachten Schadens sei im Test der Verantwortlichkeit stillschweigend inkludiert[234], und andererseits dass der Gesetzgeber den Richter nicht mit solchen Begrenzungen binden, sondern das Problem einer zu weit entfernten Verursachung oder eines zu weit entfernten Schadens einer gerichtlichen Lösung überlassen wollte. Das Zivilgesetzbuch 2013 ändert daran nichts. Bestimmungen über Kausalität sind allerdings durch eine Vorhersehbarkeitsgrenze ergänzt worden[235], um ein normatives Instrument zur Verfügung zu stellen und Gerichte darauf hinzuweisen, Zurechnung im Rahmen der Kausalität zu begrenzen; aber das ändert nichts am Recht, wie es in der Praxis Anwendung findet[236].

II. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges?

4/160 *Eörsi,* dessen Haftungstheorie das Schadenersatzsystem des Zivilgesetzbuchs 1959 am stärksten beeinflusst hat, versuchte 1985 in einer Abhandlung über die Grenzen indirekter Verursachung[237], die möglichen inneren Begrenzungen der Kausalität aufzuzählen. Sein Ausgangspunkt war, dass das Prinzip vollen Schadensausgleichs und die Kausalität die zwei Hauptpfeiler des Schadenersatzrechts darstellten. Kausalität ist jedoch eine Kette, die von der Vergangenheit in die Zukunft fließt, und sich gleichzeitig in verschiedene auseinanderstrebende Äste verteilt, die neue Kausalketten bilden. Unter diesen Umständen gibt es zahlreiche Situationen, in denen voller Schadensausgleich »summum ius, summa iniuria« bedeuten würde. Es ist klar, dass das Schadenersatzrecht solche Situationen vermeiden muss, und der Hauptweg dazu ist, eine Begrenzung der Haftung vorzunehmen, auch wenn es nicht möglich ist, exakte Grenzen indirekter Verursachung oder indirekten Schadens zu ziehen.

4/161 Nach *Eörsi* sind diese möglichen Begrenzungsmaßnahmen die folgenden:

---

233 Die Begrenzung der Vorhersehbarkeit wurde in der Gerichtspraxis angewandt, doch entwickelte sich keine einheitliche und konsequente Praxis bezüglich des Problems, welche Arten von Schaden als zu entfernt behandelt werden sollten. *A. Almási,* A kötelmi jog kézikönyve (1929) 172.

234 *Eörsi,* A jogi felelősség alapproblémái – a polgári jogi felelősség (1961) 102.

235 Es liegt kein Kausalzusammenhang bezüglich solcher Schäden vor, die der Täter nicht vorhergesehen hat oder vorhersehen musste. Zivilgesetzbuch 2013 § 6:521.

236 *Lábady* in: Vékás, A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal (2013) 945.

237 *Eörsi,* A közvetett károk határai (1981) 59.

a. eine Haftungsbeschränkung auf vorhersehbare Schäden;
b. die Adäquanztheorie;
c. die Theorie normaler Folgen;
d. der Test der Entferntheit des Schadens;
e. die Theorie des organischen Kausalzusammenhangs;
f. der Aspekt der Risikoüberwälzung;
g. das Prinzip der Verhältnismäßigkeit;
h. die Theorie des vernünftigen Zusammenhangs zwischen Gefahr und Schaden.

Diese Maßnahmen sind die wichtigsten möglichen Mittel zur dogmatischen Haftungsbegrenzung, und sie bilden angemessene Richtlinien für die ungarische Rechtspraxis. *Eörsi* meint, dass die Vorhersehbarkeit nicht nur eine Begrenzungswirkung hat, sondern auch einen Erweiterungseffekt. Die abstrakte Vorhersehbarkeit hat einerseits einen Begrenzungseffekt, da nur tatsächliche Vorhersehbarkeit Haftung begründet, doch tatsächliche Vorhersehbarkeit kann andererseits auch in Fällen festgestellt werden, in denen die konkrete Entwicklung des Falls nicht vorhersehbar war[238]. **4/162**

Wenn man zusammenfassen will, inwiefern diese Lehren zur ungarischen Gerichtspraxis beitragen, kann man sagen, dass das Gericht die Haftung begrenzen und vollen Ersatz verweigern kann, indem es den Schadenersatzanspruch dann abweist, wenn der Schaden: **4/163**

- für den Täter unvorhersehbar war (Vorhersehbarkeitstheorie);
- jenseits vernünftiger Wahrscheinlichkeit lag, untypisch oder einmalig war (Adäquanztheorie);
- jenseits normaler Folgen lag und völlig unerwartet war[239];
- zu weit entfernt war, um als Folge des Verhaltens des Täters zu gelten[240];
- zumindest teilweise durch das Dazwischentreten einer unerwarteten Ursache im Kausalzusammenhang verursacht wurde, welche die normalen vorhersehbaren Folgen veränderte[241];

238 *Eörsi,* A közvetett károk határai (1981) 62.

239 Das war der Grund für die Abweisung des Anspruchs gegen ein Spital in einem Fall, in dem ein Geisteskranker aus dem Spital floh, ohne Fahrkarte einen Zug bestieg, und als der Kontrollor nach seiner Fahrkarte fragte, durch Sprung aus dem Zug Selbstmord beging. *Eörsi,* A közvetett károk határai 62.

240 Das ist der Fall, wenn jemand ein Telekommunikationserdkabel im Verlauf von Grabarbeiten mit einer Maschine durchtrennt, und tausende von Leuten (einschließlich Fabriken) ohne Telefonverbindung bleiben, und es wegen des beschädigten Kabels unmöglich ist, die Polizei, die Feuerwehr oder die Rettung anzurufen. In diesem Fall ist der Täter nicht für all diese Folgeschäden haftbar, weil sie zu weit entfernt liegen. *Eörsi,* A közvetett károk határai 63.

241 Das kann als Begrenzungsfaktor Verwendung finden, wenn der Täter ein Kind dazu verleitet, eine Straftat zu begehen, und aus diesem Grund die Mutter des Kindes Selbstmord begeht. Für den Tod der Mutter soll der Täter nicht haften. *Eörsi,* A közvetett károk határai 63.

- innerhalb des normalen Risikobereichs der verletzten Partei eintrat[242]; oder – wenn voller Ersatz im Hinblick auf den Umfang des Schadens und den Grad des Verschuldens unverhältnismäßig wäre[243].

4/164 Diese Theorien und Richtlinien müssen als Elemente eines beweglichen Systems behandelt werden, welche durch die offenen Vorschriften der gesetzlichen Regelung des Schadenersatzrechts die Instrumente bereitstellen, um eine angemessene Risikozuweisung vorzunehmen. Die Judikatur hat Instrumente zur Begrenzung gefunden, die eine optimale Risikozuweisung im Rahmen der komplexen Vorstellung von Verantwortlichkeit und im Rahmen der Kausalität ermöglichen, statt sich auf eine Theorie des reinen Vermögensschadens oder eine ähnliche Kategorie zu stützen. Ungarische Gerichte neigen dazu, die Kausalkette dort abzubrechen, wo der Schaden zu weit entfernt liegt, und sie verwenden den Begriff der Verantwortlichkeit, um die Haftung des Täters auf vorhersehbare Schäden zu begrenzen, oder sie lösen einfach das Problem bezüglich des Kausalzusammenhangs und des Schadensausmaßes über die Beweislast. Die Beweislast bei der Risikozuweisung ist ein sehr wirkungsvolles Instrument, und dies gilt auch hinsichtlich des Vermögensschadens: Der Kläger muss beweisen, dass er ohne das Verhalten des Beklagten mit Sicherheit keinen Schaden erlitten, oder mit absoluter Sicherheit einen bestimmten Gewinn erzielt hätte.

III. Die Adäquanz

4/165 Rechtliche Kausalität könnte ein vernünftiges Instrument für die Begrenzung der Zurechnung darstellen, und eine gewaltige Literatur ist aus verschiedenen Adäquanztheorien erwachsen. Es scheint allerdings, dass die Judikatur solche Theorien nicht anwendet, und auch nie eine brauchbare Beschreibung geliefert worden ist, wie eine solche Theorie vorhersehbare Ergebnisse liefern könnte. Es scheint,

242 Das ist Grundlage der Haftungsbegrenzung, wenn jemand eine Brücke beschädigt oder einen Unfall verursacht, und deshalb der Verkehr über eine längere Strecke umgeleitet wird. Die Verkehrsumleitung ist ein Ereignis, das aus den verschiedensten Gründen eintreten kann, sogar (und zumeist) ohne irgendjemandes Verschulden. Deshalb ist sie ein Ereignis, mit dem jedermann rechnen muss, und als solches ein allgemeines Lebensrisiko. Dieses Risiko muss jeder auf sich nehmen, und andere können dafür nicht haftbar gemacht werden. *Eörsi,* A közvetett károk határai 64.

243 Wenn in einem sogenannten Kabel-Fall wegen eines Verhaltens des Täters, dessen Fahrlässigkeit nicht grob war, für einen ganzen Bezirk der elektrische Strom ausfällt, erstreckt sich die Haftung nur auf die Reparaturkosten und den wirtschaftlichen Verlust des Stromversorgers, nicht jedoch auf den Schaden der Menschen und Betriebe, die vom Stromausfall betroffen waren. *Eörsi,* A közvetett károk határai 65.

dass Adäquanztheorien in eine Sackgasse führen und das Produkt des allgemeinen Fehlverständnisses rechtlicher Kausalität darstellen, sowie des Fehlschlagens von Versuchen, ein philosophisches Verständnis von Kausalität auf Verursachung im Recht anzuwenden.

IV. Der Schutzzweck der Norm

Obwohl der Schutzzweck der Norm einen wichtigen Faktor bei der Begrenzung der Zurechnung darstellt, ist eine solche Theorie weder in der Judikatur noch in der Lehre entwickelt worden. Teleologische Interpretation wird auch im ungarischen Privatrecht anerkannt, obgleich es schwierig einzuschätzen ist, in welchem Umfang und auf welche Weise, da in den Urteilen nicht darauf Bezug genommen wird. Der Schutzzweck der Norm ist in der ungarischen Judikatur oder Rechtstheorie noch nicht in der Weise formuliert worden wie in der deutschen und österreichischen Lehre. Trotzdem spielen die Funktion rechtlicher Institutionen, einschließlich der Absicht des Gesetzgebers, und der Normzweck eine wichtige Rolle in der Risikozuweisung. Dies geschieht allerdings hauptsächlich in Form der Abweisung des Anspruchs wegen mangelnden Kausalzusammenhangs, und ohne Hinweis auf eine solche Theorie. Es hatte den Anschein, als würde die Theorie des Schutzzwecks der Norm in den Fachdiskussionen über vertragliche und außervertragliche Haftung einen Entwicklungsansatz finden, doch weitere Verfeinerungen sind noch nicht zu erkennen. Fachdiskussionen über indirekte Verursachung haben sich bisher auf das Problem konzentriert, ob der Schaden, den eine Gesellschaft erlitten hat, unter Hinweis auf den Schaden, den der Aktionär durch den Wertverlust seiner Aktie erlitten hat, auch die Grundlage für einen Schadenersatzanspruch des Aktionärs bilden kann. Weder diese Erörterungen noch die Judikatur sind zur Auffassung gelangt, dass die vorwiegend vertraglichen Verpflichtungen des Täters in ihrem Umfang auf den Schutz der Gesellschaftsinteressen beschränkt sind, und nicht auch den Schutz der Aktionärsinteressen umfassen sollten. Es beginnt sich allerdings ein Ansatz zu entwickeln, wonach dann, wenn der Kläger seinen deliktischen Schadenersatzanspruch auf ein Verhalten stützt, das eine Vertragsverletzung ihm gegenüber oder gegenüber einem Dritten bildet, der Anspruch aus Delikt nicht entschieden werden soll, ohne über den vertraglichen Anspruch zu entscheiden. In solchen Fällen stellt die Entscheidung über den Ersatzanspruch aus Vertragsverletzung eine notwendige Vorfrage bezüglich des Anspruchs aus Delikt dar, und das Gericht muss den Umstand berücksichtigen, dass die Vertragspartner grundsätzlich eine Rechtsbeziehung untereinander begründet haben, dh dass ein Vertrag Verpflichtungen gegenüber der anderen Vertragspartei erzeugt, aber nicht **4/166**

gegenüber Dritten[244]. Später hat das Oberste Gericht entschieden, dass die rechtmäßige Auflösung eines Darlehensvertrags mit einer Gesellschaft keinen Schadenersatzanspruch des Aktionärs gegen die Bank begründe, die den Darlehensvertrag aufgelöst hat. Das Oberste Gericht ist nicht so weit gegangen, dass es festgestellt hätte, Aktionärsansprüche auf Ersatz indirekten Schadens auf Grund des von der Gesellschaft erlittenen Schadens (zB als Ersatz für den Wertverlust der Aktien) seien *per se* ausgeschlossen[245].

244 *Fuglinszky/Menyhárd,* Felelősség »közvetett« károkozásért (2003) 283 ff.
245 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gfv. IX. 30.252/2005. sz. BH 2006. Nr 117.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Umfang des Ersatzes

Als Hauptregel gilt, dass die haftende Partei verpflichtet ist, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, und Schadenersatz zu zahlen hat, wenn die Herstellung des ursprünglichen Zustands nicht ohne Verletzung der Interessen des Geschädigten möglich ist. Die Primärobligation der Wiederherstellung des Zustands ist im Zivilgesetzbuch 2013 nicht beibehalten worden, doch ändert dies nichts am Ausgangspunkt, dass ungarisches Schadenersatzrecht auf dem Prinzip des vollen Ausgleichs beruht. **4/167**

II. Art des Ersatzes

Der Täter, der für den Schaden verantwortlich ist, haftet somit für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands oder, wenn dies nicht möglich ist oder der Verletzte aus einem vernünftigen Grund die Wiederherstellung ablehnt, für den Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens. Der Ersatz muss jede Wertminderung der Sache einbeziehen, die dem Verletzten gehört, und jeden Vermögensvorteil, der durch das Verhalten des Täters entgangen ist, sowie den Ersatz von Aufwendungen, die für die Milderung oder Behebung des dem Opfer erwachsenen materiellen und immateriellen Schadens erforderlich waren. Unter materiellem Schaden sind der positive Schaden (damnum emergens), Gewinnentgang (lucrum cessans) und zur Milderung oder Behebung des Schadens erforderliche Aufwendungen zu verstehen. Positiver Schaden ist die Wertminderung des Vermögens des Geschädigten als Folge des Verlusts, der Zerstörung oder Beschädigung einer Sache und der Wertverlust, der trotz Reparatur verbleibt, oder der Betrag oder Wert von Dienstleistungen, die als Folge der Handlung des Täters an eine andere Person bezahlt wurden, wie etwa Buße, Ausgleich, usw. Gewinnentgang ist der Entgang von Gehalt, Profit oder Unterhalt, sofern dieser freiwillig gewährt worden ist, vorausgesetzt, dass solche Vorteile rechtmäßig und moralisch zulässig sind. Aufwendungen, die für die Milderung oder Beseitigung des materiellen Schadens nötig sind, umfassen solche, die vernünftigerweise erforderlich sind, um den Schaden oder seine Folgen zu vermeiden oder zu reduzieren, einschließlich Kosten, die durch Tod verursacht werden (Begräbnis, Trauerkleidung etc), oder durch Körperverletzung (Kosten der Heilbehandlung, Implantate, Spitalsbesuche, Transport- **4/168**

kosten etc), sowie Reparaturkosten und Rechtsdurchsetzungskosten. Ersatzfähiger materieller Schaden ist immer ein Nettobetrag, dh der Verlustsaldo aus Gewinn und Verlust, der aus der Handlung des Täters entstanden ist[246].

4/169 Dieser Ansatz enthält das Prinzip des vollen Schadensausgleichs, das in der ungarischen Judikatur sehr streng beachtet wird, und setzt auch Grenzen der Haftung, da es Schadenersatz als Ausgleich für ersatzfähigen Schaden ansieht. Normalerweise wird der Marktwert als Ausgleich für positiven Vermögensschaden zugesprochen. Nach den im ungarischen Schadenersatzrecht herrschenden Theorien sind die Hauptfunktionen der Haftung im Privatrecht Ausgleich und Prävention. Das sind auch die rechtspolitischen Grundlagen des gegenwärtigen Schadensersatzsystems. Ein allgemeiner Grundsatz des ungarischen Schadenersatzrechts lautet, dass der Geschädigte daran gehindert werden soll, aus dem Schaden Gewinn zu ziehen. Es scheint, dass Schadenersatz mit Gewinnabschöpfung oder Ansprüche auf Herausgabe des erzielten Vorteils vom Täter an das Opfer (um dem Täter den Gewinn zu entziehen, den er durch sein unrechtmäßiges Verhalten erlangt hat), mit den Prinzipien und rechtspolitischen Zielsetzungen des ungarischen Schadenersatzrechts vereinbar sind[247]. So wird bei Berechnung des Betrages, der als Schadenersatz zuerkannt werden soll, die Summe um den Betrag reduziert, den das Opfer auf Grund des Schadens verdient oder erspart hat, zB Zahlungen unter einem staatlichen Gesundheitssystem[248], oder um einen Wertzuwachs im Vermögen des Opfers im Gefolge des schädigenden Ereignisses. In Übereinstimmung mit dem Prinzip vollen Schadensausgleichs soll der Kläger Ersatz für jeden Schaden erlangen, den er erlitten hat, jedoch kein zusätzliches Einkommen erzielen[249].

4/170 Schadenersatz bewirkt auch Ausgleich für Schäden, die infolge künftiger Rechtsverletzungen erlitten werden, einschließlich verlorenen Einkommens. Verlust der Arbeitsfähigkeit selbst (ohne zumindest präsumierten Einkommensverlust) scheint im ungarischen Schadenersatzrecht kein anerkannter Typus ersatzfähigen Schadens zu sein. Es scheint, dass selbst dann, wenn Gerichte im Zusammenhang mit Schadenersatz von Verlust der Arbeitsfähigkeit sprechen, sie tatsächlich vermutlichen Einkommensverlust meinen. Das Opfer soll für Einkommensverlust entschädigt werden, den es durch seine Verletzung erlitten hat[250]. Verlust der Erwerbsfähigkeit wird durch den Ersatz ausgeglichen, den jemand für Einkommensverlust erhalten hat, der auf der Grundlage des voraussichtlichen

246 *Eörsi,* A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve (1966) 123 ff, insb 193.
247 *Marton,* A polgári jogi felelősség (1993) 117.
248 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I 10.244/2002/3 sz. EBH 2002. Nr 695; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I 10.744/2006 sz. BH 2007. Nr 354; Oberstes Gericht, Legf. Bír. Mfv. I 10.697/2006 sz. BH 2007. Nr 274.
249 *Gellért* (Hrsg), A Polgári Törvénykönyv Magyarázata (2007) Kommentar zu § 355 Nr 4.
250 Oberstes Gericht, Richtlinie Nr PK 45.

künftigen Einkommens des Opfers entschädigt wird. Bei der Berechnung des Ausgleichs für Einkommensverlust ist allerdings die aktuelle Situation des Opfers nicht notwendigerweise entscheidend. Die Berechnungsgrundlage für Schadenersatz ist der tatsächliche Einkommensverlust des Opfers[251], während Bezugsgröße für die Berechnung künftiger Einkommensverluste das Durchschnittseinkommen von Personen bildet, welche dieselbe Stellung oder eine ähnliche Stellung wie das Opfer haben, bevor das Opfer diese auf Grund der erlittenen Verletzung verlor. Das trifft auch im Zusammenhang mit einer Erhöhung der Rente zu, die früher als Schadenersatz zugesprochen worden war[252].

Diese in Lehre und Judikatur entwickelten Prinzipien werden auch durch die Vorschriften des Zivilgesetzbuchs 2013 bestärkt. **4/171**

III. Laufende Zahlung oder Kapitalabfindung

Der Grundsatz vollen Schadensausgleichs verlangt, dass dem Opfer jeder Verlust ersetzt wird, den es auf Grund des unrechtmäßigen Verhaltens des Täters erlitten hat. Es obliegt dem Gericht zu entscheiden, ob Ersatz in Form einer Kapitalabfindung oder in Form laufender Zahlungen die angemessenste Art der Entschädigung darstellt[253]. Grundsätzlich gibt es zwei Wege, Ausgleich für Schäden zu bewirken, die betragsmäßig unbestimmt sind, entweder weil sie erst in der Zukunft entstehen werden, oder weil sie zwar bereits dem Opfer erwachsen sind und ihre Existenz bewiesen ist, jedoch ihre Höhe nicht festgestellt werden kann. **4/172**

Ein möglicher Weg zum Ausgleich für Schäden in unbestimmter Höhe ist die Zuerkennung von »generellem Schadenersatz«. Dieser ist (als Pauschalabfindung) zuzusprechen, wenn das Schadensausmaß – zumindest teilweise – nicht genau berechnet werden kann. In einem solchen Fall kann der Täter vom Gericht gezwungen werden, eine Pauschalabfindung als generelle Entschädigung zu zahlen, die ausreichend sein sollte, dem Opfer vollen finanziellen Ausgleich zu verschaffen. Die Zuerkennung von generellem Schadenersatz wird als voller und endgültiger Ausgleich betrachtet, und es besteht keine Möglichkeit, eine allgemeine Entschädigung in Form einer Pauschalabfindung mit der Begründung zurückzuverlangen, dass sich das Ausmaß des tatsächlichen Schadens später als geringer herausgestellt hat als der pauschale Entschädigungsbetrag. Wenn der Verpflichtete allerdings als generelle Entschädigung eine Rente zahlt, hat er das Recht, eine Reduktion der Beträge oder Änderung der Zahlungsperiode zu verlangen, wenn **4/173**

251 Oberstes Gericht, Richtlinien Nr PK 45 und 46.
252 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pf. III 21.218/1998. sz. BH 2001. Nr 15.
253 Oberstes Gericht, Richtlinie Nr PK 48.

Veränderungen in den erheblichen Umständen eintreten. Gerichte versuchen zumeist, die Zuerkennung von Ersatz in Form einer Pauschalabfindung zu vermeiden, und nehmen sie nur vor, wenn es unmöglich war, den Schadensbetrag zu ermitteln, obgleich der Umstand, dass ein ersatzfähiger Schaden erlitten worden ist, bewiesen ist (Schwierigkeiten bezüglich des Beweises des Schadensbetrages sind für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für die Zuerkennung von Schadenersatz in dieser Form)[254].

4/174 Der andere mögliche Weg, künftige Schäden zu ersetzen, ist die Zuerkennung periodischer Zahlungen in Form einer Rente. Im Allgemeinen kann Schadenersatz auch als Rente zugesprochen werden. Eine Rente wird normalerweise zuerkannt, wenn die Entschädigung den Zweck hat, dem Geschädigten Unterhalt zu leisten oder zu diesem beizutragen, oder zu jenem seiner Angehörigen, die ihm gegenüber Unterhaltsansprüche haben.

4/175 Es scheint, dass in Gesetzgebung und Judikatur die Zuerkennung von Renten gegenüber der Zuerkennung von Kapitalabfindungen überwiegt, wenn es sich um den Ausgleich für künftige Schäden handelt. Das mag auf den Einfluss der früheren Praxis in der sozialistischen Periode zurückgehen, doch es mag auch unabänderlich sein, dass Renten einen gerechteren und richtigeren Weg zum Ersatz bilden, da sie an künftige Veränderungen angepasst werden können. Für künftigen Schaden eine Kapitalabfindung zu gewähren, setzt unweigerlich eine Abwägung von Wahrscheinlichkeiten voraus, mit Problemen des Abzugs künftiger Verluste vom derzeitigen Wert. Die Vorgangsweise mag allerdings stärker in Einklang mit einer Marktwirtschaft stehen und den Vorteil einer abschließenden Behandlung des Anspruchs bieten. Da es derzeit keine Praxis ungarischer Gerichte gibt, als Ersatz künftiger Schäden Kapitalabfindungen zuzusprechen, ist es nicht klar, wie solche Beträge kalkuliert und abgezinst würden.

IV. Minderung der Ersatzpflicht

4/176 Generell existieren keine gesetzlichen Höchst- oder Mindestgrenzen für die Zuerkennung von Schadenersatz, und solche Grenzen sind auch in der Judikatur nicht entwickelt worden. Die Gerichte beachten das Prinzip vollen Schadensausgleichs, was lediglich bedeutet, dass sie die Zuerkennung von Ersatz unter Berücksichtigung jenes Schadens reduzieren, der bereits aus anderen Quellen ersetzt worden ist, wie etwa Zahlungen aus der staatlichen Krankenversicherung, Invalidenpensionen, Einkommen aus dem Schaden, etc. Im Allgemeinen werden weder durch

254 Oberstes Gericht, Richtlinie Nr PK 49, Oberstes Gericht, Legf. Bír. Gf. VI 30.036/2002. sz. BH 2003. Nr 249.

gesetzliche Vorschriften noch durch die Judikatur im Rahmen der außervertraglichen Haftung Haftungshöchstgrenzen festgesetzt[255]. Gesetzliche Grenzen werden nur in sehr speziellen Fällen verfügt[256]. Ansonsten sind gesetzliche Haftungsobergrenzen keine typische Lösung für Haftungsbegrenzung im ungarischen Schadenersatzrecht. Es gibt auch keine Begrenzungen in der Judikatur, obwohl in einigen Fällen Gerichte die Haftung auf den Ersatz des positiven Schadens beschränken und keinen Anspruch auf Ersatz von entgangenem Gewinn (wie Schadenersatz für Rechtsverletzungen im Anbotsverfahren) anerkennen. Gesetzliche Höchstgrenzen scheinen davon auszugehen, dass die Haftung des Täters insgesamt den Höchstbetrag nicht überschreiten soll, ohne zwischen Primär- und Folgeschaden zu unterscheiden, oder einzelne unabhängige Schäden getrennt zu behandeln.

255 Es gibt gesetzliche Haftungshöchstgrenzen für bestimmte Fälle von Vertragshaftung (hauptsächlich bei Beförderungsverträgen für Personen und Sachen, und für Beherbergungsbetriebe wie Hotels, Gastwirtschaften usw), doch diese sollen aus Platzgründen hier nicht erörtert werden.

256 Das Gesetz Nr CXVI aus 1996 über Kernenergie sieht zB in seinem § 52 vor, dass die Haftung von Betreibern von Kernkraftwerken, Kernkraftheizwerken und von Anlagen, die nuklearen Brennstoff erzeugen, bearbeiten oder aufbewahren, nicht den Betrag von SDR 100,000,000 pro Unfall überschreitet. Die Haftung von Betreibern anderer Typen von Kernkrafteinrichtungen und Haftung für Schäden, die beim Transport oder der Lagerung von nuklearem Brennstoff auftreten, soll nicht den Betrag von SDR 5,000,000 pro Unfall überschreiten. Der ungarische Staat ist verpflichtet, Schaden zu ersetzen, der diese Grenzen überschreitet, doch der Gesamtbetrag soll SDR 300,000,000 nicht überschreiten. Es existieren auch Obergrenzen für bestimmte Fälle von Vertragshaftung, wie die Haftung von Luftfahrtunternehmen oder Betreibern von Hotels oder Gastwirtschaften.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

I. Grundgedanken des Verjährungsrechts

4/177 Obwohl es Juristen normal vorkommt, dass Ansprüche nach einer bestimmten Zeit erlöschen, ist es bei weitem nicht unmittelbar einleuchtend, dass dann, wenn der Gläubiger sein Recht nicht ausübt, er dieses automatisch verlieren soll. Obgleich ernsthafte Bedenken bestehen können, ob solche Ergebnisse mit dem verfassungsmäßigen Eigentumsschutz vereinbar sind oder mit dem Schutz des Eigentums als Menschenrecht, kann doch der Schutz des Vertrauens auf das Verhalten der anderen Partei, auch wenn es die Nichtausübung eines Rechts betrifft, Grund genug für den Gesetzgeber oder die Judikatur sein, die Interessen der Parteien in dieser Weise abzuwägen. Es gibt grundsätzlich drei technische Lösungen, um Ansprüche erlöschen zu lassen oder den Gläubiger daran zu hindern, seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen.

4/178 Die erste ist Verjährung; sie bewirkt, dass es dem Gläubiger nicht mehr möglich ist, seinen Anspruch im gerichtlichen Verfahren durchzusetzen, dh er kann sich mit dem Anspruch nicht an das Gericht wenden. Das Problem der Verjährung liegt darin, dass Rechtsordnungen normalerweise akzeptieren, dass die Verjährungszeit unterbrochen werden und neu zu laufen beginnen, und auch zu einem Stillstand kommen und fortgesetzt werden kann. Das kann einen Schuldner in einer Situation der Ungewissheit darüber belassen, ob der Gläubiger seinen Anspruch gegen ihn verfolgen kann oder wird. Der zweite Ansatz ist die Festsetzung von Ablaufterminen, die bestimmen, wann der Anspruch aufhört zu bestehen. Der Vorteil von fixen Ablaufterminen besteht darin, dass sie die Positionen der Parteien klarstellen, der Nachteil, dass sie übermäßig harte Folgen für den Gläubiger haben können, da er seiner Position verlustig wird, auch wenn er sie wegen Umständen nicht durchsetzen konnte, die außerhalb seines Einflussbereiches lagen. Die dritte Lösung liegt darin, dass Gerichte Generalklauseln des Privatrechts wie Treu und Glauben oder im Verkehr erforderliche Sorgfalt so auslegen, dass sie in Bezug auf die Durchsetzung von Ansprüchen eine Handlungspflicht einschließen, wenn dies die Position anderer Parteien beeinflussen kann. Die ungarische Judikatur hat die Generalklauseln von Treu und Glauben und erforderlicher Sorgfalt so interpretiert, dass sie einen Endtermin für die Gewährung von gerichtlichem Rechtsschutz enthalten, wenn es sich um eine Eigentumsübertragung unter Verletzung eines Vorkaufsrechts des Klägers handelt. Das Gericht hat in einigen dieser Fälle festgestellt, dass der aus einem Vorkaufsrecht Berechtigte dann sein Recht verlieren solle, wenn er sich nach Entdeckung der unrecht-

mäßigen Beeinträchtigung seines Rechts nicht innerhalb angemessener Frist an das Gericht gewandt hat[257].

II. Die heutige Rechtslage

Die allgemeine Verjährungsfrist für Ansprüche beträgt im ungarischen Recht fünf Jahre, sofern das Gesetz nichts anderes anordnet. Im Schadenersatzrecht existieren grundsätzlich zwei Ausnahmen. Die Frist beginnt mit dem Eintritt des Schadens zu laufen, da in diesem Zeitpunkt die Ersatzverpflichtung gegenüber dem Opfer fällig wird[258]. Die eine Ausnahme besteht darin, dass Ersatzansprüche wegen Schäden aus außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeiten nach drei Jahren verjähren. Die andere besagt, dass für Schäden, die durch ein Verbrechen verursacht wurden, die Verjährungsfrist nicht kürzer sein kann als die Verjährungsfrist für die Straftat. Nach Verstreichen der Verjährungsfrist kann der Anspruch nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Fälligkeitszeitpunkt des Anspruchs. Wenn es dem Gläubiger aus einem entschuldbaren Grund nicht möglich ist, den Anspruch geltend zu machen, so soll dieser ein weiteres Jahr lang ab dem Zeitpunkt durchsetzbar bleiben, zu dem der besagte Grund weggefallen ist, oder, hinsichtlich einer Verjährungsfrist von einem Jahr oder weniger; der Anspruch bleibt nach dem Wegfall solcher Gründe drei weitere Monate aufrecht, auch wenn die Verjährungszeit bereits abgelaufen ist oder von ihr weniger als ein Jahr bzw drei Monate verblieben sind. Diese Vorschrift findet auch Anwendung, wenn der Gläubiger nach Fristablauf eine Nachfrist für die Erfüllung gesetzt hat. Das bedeutet, dass im heutigen ungarischen Obligationenrecht ein »Ruhen« des Anspruchs bewirkt, dass für den Gläubiger eine zusätzliche Frist für die Geltendmachung des Anspruchs bei Gericht zur Verfügung steht, und die Verjährung nicht weiterläuft. **4/179**

Die Verjährungszeit kann unterbrochen werden durch schriftliche Einmahnung der Erfüllung eines Anspruchs, gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, Anspruchsänderung durch Vereinbarung (einschließlich eines Vergleichs), und Anerkenntnis einer Schuld durch den Verpflichteten. Die Verjährung beginnt nach einer Aussetzung oder der rechtskräftigen Entscheidung eines Aussetzungsverfahrens wieder zu laufen. Wird im Lauf eines Aussetzungsverfahrens ein Vollstreckungsbefehl erlassen, so wird die Verjährungsfrist nur durch Vollstreckungshandlungen gehemmt. Dieses System der Verjährungshemmung bleibt im **4/180**

257 Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VI. 20.040/2010. sz. BH 2010. Nr 296.

258 Zivilgesetzbuch 1959 § 360 (1); Zivilgesetzbuch 2013 § 6:532. Schadenersatz ist unmittelbar nach dem Zeitpunkt des Schadenseintritts fällig.

Zivilgesetzbuch 2013 strukturell ähnlich erhalten, obwohl schriftliche Mahnung allein nicht mehr für die Unterbrechung der Verjährung genügt. Grundsätzlich verlangt das Recht, dass sich der Gläubiger während der Verjährungszeit an das Gericht wendet, um das Recht auf Durchsetzung seines Anspruchs nicht zu verlieren.

4/181 Die Verjährungszeit beginnt erst zu laufen, wenn die Verpflichtung fällig ist. Schadenshaftung kann nicht fällig sein, bevor der Schaden eingetreten ist, und das trifft selbst auf Schaden zu, der vorhersehbar war. Wenn das Opfer durch das Verhalten des Täters Schaden erlitten hat, doch der Schaden aus demselben Verhalten zu verschiedenen Zeitpunkten eintritt, sind die Ersatzansprüche jeweils dann fällig, wenn das schädigende Ereignis eintritt. Diese Zeitpunkte markieren jeweils den Anfang der Verjährungsfrist für jeden einzelnen Ersatzanspruch[259].

III. Versuch einer system- und wertungskonformen Ausgestaltung der Verjährungsregeln

4/182 Vielleicht ist es unmöglich, eine angemessene Verjährungszeit festzusetzen. Die Abwägung der Interessen von Parteien, die sich in verschiedenen Lagen befinden, kann nicht auf einer abstrakten Ebene stattfinden. Für ihre Durchsetzung bedarf es sehr verschiedener Zeiträume. Besonders in Fällen von Personenschaden muss das Opfer in die Lage kommen, die Verletzung und den aus ihr folgenden Schaden zu definieren. Wenn die Behandlung mehrere Jahre erfordert und künftiges Einkommen ermittelt werden muss, kann das Jahre dauern, während im Fall eines einfachen Autounfalls ohne Personenschaden verlangt werden kann, dass sich der Geschädigte binnen weniger Monate an das Gericht wendet.

4/183 Die beste Lösung könnte darin bestehen, den Gläubiger zu verpflichten, sich innerhalb angemessener Zeit an das Gericht zu wenden – mit einer Generalklausel, die das Gericht ermächtigt zu bestimmen, welcher Zeitraum unter den gegebenen Umständen angemessen ist[260] –, und ein gesetzliches Enddatum für das Erlöschen von Ansprüchen festzusetzen, damit alle offenen Ansprüche ihren Abschluss fänden. Eine solche Lösung scheint jedoch für die Praxis unannehmbar zu sein, die feste und konkrete Vorschriften fordert, denn diese Forderung ist im Zuge der Vorbereitung des Zivilgesetzbuchs 2013 oft erhoben worden.

259 Oberstes Gericht, Legf. Bír. M. törv. II. 10 106/1976. sz. BH 1977. Nr 167.

260 So die Vorgangsweise ungarischer Gerichte bei der Durchsetzung von Vorkaufsrechten auf der Grundlage der Generalklauseln von Treu und Glauben und erforderlicher Sorgfalt. Oberstes Gericht, Legf. Bír. Pfv. VI. 20.040/2010. sz. BH 2010. Nr 296.

Appendix

Act V of 2013 on the Civil Code

Part Four
Non-contractual Liability for Damages

XXVI. Title
General Rule and Common Rules of Liability

6:518. §
[General prohibition of causing damage]

Causing damage unlawfully shall be prohibited by the law.

6:519. §
[General rule of liability]

Whosoever unlawfully causes damage to another person shall be liable for such damage. He shall be relieved of liability if he proves that his act was not wrongful.

6:520. §
[Unlawfulness]

All of the wrongdoings causing damage shall be deemed unlawful, except if
a) it was caused with the victim's consent;
b) it was caused to an aggressor in the course of warding off an unlawful attack or the threat of an imminent unlawful attack in so far as such conduct did not exceed what was necessary to ward off the attack;
c) it was caused in necessity, in so far as it was proportionate; or
d) it was a conduct permitted by the law and the conduct did not interfere with legally protected interests of another person or the law otherwise provides for paying compensation to the aggrieved person.

6:521. §
[Foreseeability]

A causal link shall not be established in connection with losses which were not and ought not to be foreseen by the tortfeasor.

6:522. §
[The extent of obligation to provide damages]

(1) The tortfeasor shall provide full compensation for the losses of the victim.

(2) Under full compensation the tortfeasor shall provide compensation for
a) the depreciation in the value of the victim's property;
b) any pecuniary advantage lost due to the damage; and
c) the costs necessary for the elimination of the pecuniary losses suffered by the victim.

(3) Damages are to be reduced by the victim's benefit that resulted from causing the loss to him, except if this is not justified by the circumstances of the case.

(4) For special reasons of equity, the court may award damages in a lower sum than the loss suffered.

6:523. §
[Danger of loss]

In case of danger of suffering loss, the person in danger may ask the court, according to the circumstances of the case,

a) to prohibit the person who threatens to cause damage from proceeding with dangerous conduct;
b) to oblige him to implement measures to prevent the damage;
c) to oblige him to give security.

6:524. §
[Multiple tortfeasors]

(1) If two or more persons caused damage jointly, they are jointly and severally liable.

(2) The court shall be entitled to exempt the tortfeasors from joint and several liabilities if the injured party contributed in the occurrence of damage or this is reasonable under special and equitable circumstances. In the case that the court refrains from holding the tortfeasors jointly and severally liable, the court shall declare their liability in proportion to the extent of their wrongful conduct or if the former cannot be determined in proportion to the extent of their contribution. If the proportion of contribution cannot be established, the damage shall be compensated by each tortfeasor in equal proportions.

(3) Damage shall be borne by the tortfeasors proportionally according to their wrongful conduct; if the proportion of wrongful conduct cannot be established, damage shall be borne by the tortfeasors in proportion to the extent of their contribution. If even the proportion of contribution cannot be established, damage shall be borne by each tortfeasor in equal proportions.

(4) The provisions of multiple tortfeasors shall be applied if the damage might have been caused by any one of the several courses of conduct engaged in at the same time, or it cannot be established, which conduct caused the damage.

6:525. §
[Contribution of the injured party]

(1) The injured person is obliged to prevent and mitigate the damage. Damage which occurs as a result of breaching this obligation wrongfully shall not be compensated.

(2) Damage shall be divided among the tortfeasor and the injured party in proportion of their wrongful conduct or in absence of this, in proportion to their contribution. If even the proportion of their contribution cannot be established, the damage shall be compensated by the tortfeasor and the injured party in equal proportions.

(3) The injured party is liable for omissions of those for whom he is liable.

6:526. §
[Prohibition of limitation and excluding of liability]

Any contractual clause which limits or excludes liability for damage arising from deliberate conduct or injuring life, body or health shall be null and void.

6:527. §
[The way of compensation]

(1) The tortfeasor shall provide compensation in money, or in kind, if that is more reasonable under the given circumstances.

(2) In order to compensate regular future damage the court is entitled to establish annuity to be paid regularly in advance.

(3) To determine the method of compensation the court is not obliged to comply with the petitions of the injured party but shall not apply any method opposed by all parties.

6:528. §
[Annuity supplementing income]

(1) A person whose capacity to work has been reduced as a result of an accident shall have the right to claim an annuity if his in-

come is less after the damage for reasons beyond his control.

(2) In order to establish the annuity supplementing income the court shall take into account the reduction of capacity for work and the extent of the loss of income.

(3) The loss of earnings (income) of the injured party shall be established by the monthly average income of the previous year. If there was a permanent change in income in this year, the average income after the change shall be taken into account.

(4) If the loss of earnings (income) cannot be established under provisions of (3), the monthly average income of persons pursuing the same or similar activities shall be taken into account.

(5) To establish the loss of income, any change in the future that may be expected shall be taken into account.

(6) To establish the loss of income, the income achieved by the employee with extraordinary work performance despite the reduction of capacity for work shall not be taken into account.

6:529. §
[Annuity complementing support]

(1) In the case of death resulting from the injury the annuity complementing support shall be paid to the dependant of the deceased person. The annuity complementing support shall be paid by the tortfeasor even if this consequence of his conduct was not foreseeable.

(2) The tortfeasor is obliged to pay annuity complementing support even if the deceased person did not pay the support by breaching the relating provisions, or the petitioner did not enforce his claim for an equitable reason.

(3) To establish the extent of the annuity complementing support, the lost support and the income of the petitioner shall be taken into account.

(4) If the adequate income is not in the possession of the petitioner for wrongful reason, furthermore, if he is entitled to enforce claims against others who are in the same position in support, this shall be taken into account to establish the extent of annuity.

(5) In further cases, to establish the annuity the provisions on establishing annuity supplementing income shall be taken into account.

6:530. §
[Modification or termination of annuity]

When the circumstances to be taken into account in the course of establishing the annuity change significantly, any party is entitled to claim the amendment of the amount and duration of the annuity or the termination of the obligation for paying annuity.

6:531. §
[Lump sum damages]

If the extent of damage cannot be established, the compensation provided by the tortfeasor shall be sufficient to compensate the injured party.

6:532. §
[Due date of damages]

Damages are due immediately from the date of the occurrence of damage.

6:533. §
[Limitation]

(1) The provisions of limitation shall be applied to damages with the exception that the claim for compensation in case of damage caused by crime shall not expire after five years as long as the crime is subject to penalty.

(2) The term of limitation for the whole claim for an annuity begins when the damage on which the claim is based occurs for the first time.

6:534. §
[Change of standards of living determining the extent of damage]

(1) If there is a significant change in standards of living between the date of causing damage and the date of passing the judgement, the court is entitled to establish the

extent of damages on the basis of the latest living circumstances. In that case the tortfeasor is obliged to pay late interest from the date the value of damages is settled.

(2) If the injured party wrongfully delays enforcing his claim of indemnification, he bears the risk of price and value changes.

XXVII. Title
Special Forms of Liability

Ch. LXVIII.
Liability for Extra-hazardous Activities

6:535. §
[Liability for extra-hazardous activity]

(1) The operator of an extra-hazardous activity shall be obliged to compensate loss resulting from it. He shall be relieved of liability by proving that the loss was due to an unavoidable cause that fell outside the scope of his activity.

(2) The provisions of extra-hazardous activity shall be applied to those who endanger human environment and cause damage with their conduct.

(3) Any exclusion or limitation of liability for extra-hazardous activities is null and void; this restriction does not apply to damage to things.

6:536. §
[The operator]

(1) The person, in whose interest the activity is carried out, shall be deemed operator of the extra-hazardous activity.

(2) If there are more operators of the extra-hazardous activity, they shall be qualified as multiple tortfeasors.

6:537. §
[Rules for the contribution of the injured party]

(1) The operator is not obliged to compensate damage resulting from the contributory negligence of the victim. When sharing the damage, the extra-hazardous quality shall be taken into account to the detriment of the operator.

(2) If a person, who is not capable of foreseeing the consequences of his conduct, contributes in causing damage, the operator is liable for this person. The operator shall be entitled to enforce a claim for reimbursement against the supervisor of the person mentioned above at (1).

6:538. §
[Limitation]

The term of limitation for damages arising from extra-hazardous activity shall be three years.

6:539. §
[Collision of extra-hazardous activities and the operators as multiple tortfeasors]

(1) If the damage was caused by extra-hazardous activities of two or more persons, they shall compensate the damage caused in proportion to the extent of their wrongful conduct. If the operator is not the actual tortfeasor, the operator is obliged to pay damages on the basis of the wrongful conduct of the actual tortfeasor.

(2) If neither of the parties is liable based on fault, however, but the cause of the damage lies within the scope of one of the parties' extra-hazardous activity, this party shall compensate the damage.

(3) If the cause of the damage caused to each other lies within both parties' scope of activity or within neither of them, the par-

ties – in the absence of wrongfulness – shall bear their own damage.

(4) The provisions of this § shall be applied in relations among the operators when more extra-hazardous activities cause damage together with the exception, that in the absence of wrongful conduct and disorder within their scope of activity, they are obliged to pay damages in equal proportion.

Ch. LXIX.

Liability for Damage Caused by Other Persons

6:540. §
[Liability for damage caused by employees and members of legal entities]

(1) If an employee causes damage to a third party in the course of his employment, his employer shall be liable to the victim.

(2) If a member of a legal entity causes damage to a third party in connection with his membership, the legal entity shall be liable to the injured party.

(3) The employee and the member are jointly and severally liable with the employer and the legal entity, if the damage arises from deliberateness.

6:541. §
[Liability for damage caused by the executive officer of the legal entity]

When the executive officer of the legal entity causes damage to a third party in connection with his legal relation, the executive officer and the legal entity are jointly and severally liable (towards the injured party.)

6:542. §
[Liability for damage caused by the agent]

(1) A principal shall be jointly and severally liable with his agent for any damage caused to a third party by the agent in such capacity. The principal shall be relieved of liability if he proves that he was not negligent in choosing, instructing, and supervising the agent.

(2) In case of long-term agency the injured party may enforce his claim of indemnification on the basis of the provisions of damage caused by employees.

6:543. §
[Liability for damage caused by the obligor of the other contract]

The obligee of another contract is liable for damage caused by the obligor being in legal relations with him during his performance, unless the obligee names the tortfeasor.

Ch. LXX.

Liability for Damage Caused by Persons Who Lack Mental Capacity or Have Limited Mental Capacity

6:544. §
[Liability for damage caused by a person who is not capable of foreseeing the consequences of his conduct]

(1) A person who is mentally distracted to the extent that he is not capable of foreseeing the consequences of his conduct shall not be liable for damage caused by him.

(2) Instead of the tortfeasor, his guardian according to the law shall be liable. The supervisor qualifies as guardian if he was supervising the tortfeasor during the causing of the damage.

(3) The guardian shall be relieved of liability if he proves that he was not negligent in nursing or supervising.

(4) For the liability of more than one guardians, the provisions of multiple tortfeasors shall be applied.

6:545. §
[Indemnification on the basis of equity]

If the tortfeasor does not have a guardian or the liability of the guardian cannot be established, exceptionally the tortfeasor may be obliged to completely or partly compensate the caused damage, if that is reasonable in the given circumstances and according to the financial capacity of the parties.

6:546. §
[Own fault]

The tortfeasor cannot refer to his mental distraction if this condition was caused by his own wrongful conduct.

6:547. §
[Liability for minor who is capable of foreseeing the consequences of his conduct]

If the damage is caused by a minor who is capable of foreseeing the consequences of his conduct, the minor and his guardian obliged to supervise him are jointly and severally liable for damage caused by the minor if the injured party proves that the guardian breached his obligation towards the minor wrongfully.

Ch. LXXI.

Liability for Damage Caused by Exercising Public Authority

6:548. §
[Liability for damage caused within the course of exercising public administrative authority]

(1) Liability for damage caused within the course of public administrative authority shall be established only if the damage was caused by act or omission of the public authority and the damage could not be relieved by ordinary legal remedies and by judicial review of the administrative decision.

(2) The legal entity exercising public administrative authority is liable for damage caused within the course of public administration. If the person exercising public administrative authority is not a legal entity, the supervising legal entity shall be liable for damage caused by the acts of the public authority.

6:549. §
[Liability for damage caused within the authority of court, notary, public prosecutor and public enforcement]

(1) For damage caused within the authority of court and public prosecutor, the provisions on causing damage within the course of exercising public administrative authority shall be properly applied with the distinction that the claim for indemnification shall be enforced against the court or the supreme prosecutor. If the court that caused the damage is not a legal entity, the claim shall be enforced against a court that has legal personality and works in the area of the court that caused the damage. The precondition for such claim is an unsuccessful previous ordinary remedy.

(2) For damage caused within the authority of notary and public enforcement, the provisions on causing damage within the course of exercising public administrative authority shall be properly applied. The precondition for such claim is an unsuccessful previous ordinary remedy.

Ch. LXXII.

Liability for Defective Products

6:550. §
[Liability for damage caused by a defective product]

The producer shall be liable for damage caused by a defect in his product.

6:551. §
[The product]

Product means all movables, even though incorporated into another movable or into an immovable.

6:552. §
[Damage caused by a defective product]

Damage caused by a defective product means

a) damage arising from death, personal injury or injury to health caused by the defective product; furthermore
b) damage to any item of property other than the defective product itself; provided that the amount of the loss exceeds 500 EUR converted to HUF – according to the official rate of exchange of the

Hungarian National Bank – at the time the damage occurred, if the damaged property is of a type ordinarily intended for private use or consumption, and was used by the injured person mainly for his own private use or consumption.

6:553. §
[The producer]

(1) For the purpose of this Chapter producer means the manufacturer of a finished product, the manufacturer of a component part or any raw material and any person who, by putting his name, trade mark or other distinguishing feature on the product presents himself as its producer.

(2) Any person who imports products into the European Economic Area for sale or any economic purpose shall be deemed to be a producer. This rule shall not influence the importer's recourse claim for indemnification against the producer.

(3) Where the producer of the product cannot be identified, each supplier of the product shall be treated as its producer, until the supplier informs the injured person of the identity of the producer or the person who supplied him with the product. The same shall apply, in the case of an imported product, if the product does not indicate the identity of the importer, even if the name of the producer is indicated.

(4) From the time the injured person claimed the identification of the producer in written form, the supplier can make his statement in thirty days.

6:554. §
[Defect of the product]

(1) A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking into account the function of the product, the use to which it could reasonably be expected that the product would be put, the presentation concerning the product, the time when the product was put into circulation, and the state of scientific and technical knowledge.

(2) A product shall not be considered defective for the sole reason that a safer product is subsequently put into circulation.

(3) The injured person shall be required to prove the defect of the product.

6:555. §
[Release from liability]

(1) The producer shall not be liable, if he proves that

a) he did not put the product into circulation;
b) the product was neither manufactured by him for sale or any form of distribution for economic purpose nor manufactured or distributed by him in the course of his business;
c) the defect did not exist at the time when the product was put into circulation by him and the cause of the defect came into being afterwards;
d) the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered; or
e) the defect of the product is due to the application of law or other mandatory regulations issued by the public authorities.

(2) The manufacturer of a component part or any raw material shall not be liable, if he proves, that

a) the defect is attributable to the construction or composition of the finished product in which the component has been fitted; or
b) the defect is attributable to the instructions given by the manufacturer of the finished product.

(3) The producer shall not be released from liability even referring to Subsection (1) *d)* if the damage was caused by a pharmaceutical product used according to its instructions.

▷

6:556. §
[Contribution of a third party]

The producer shall not be released from liability even if the damage was caused both by a defect in the product and by the act or omission of a third party. This rule shall not influence the importer's claim for indemnification against the third party.

6:557. §
[Limitation and exclusion of liability]

The limitation or exclusion of the producer's liability to the injured person shall be considered null and void.

6:558. §
[Limitation of the period to claim damages]

(1) The limitation period for claims arising from damage caused by defective product shall be three years.

(2) The limitation period shall begin on the day on which the injured person became aware or should have become aware of the occurrence of the damage, the defect of the product and the identity of the producer.

(3) The producer shall be liable according to the regulation of this Chapter for ten years from the time he put the product into circulation. After that time the injured person may not bring a claim against the producer.

6:559. §
[Miscellaneous provisions]

(1) When applying the rules of this Chapter there is no possibility to lower the amount of damages compared to the whole amount of damages even under special and equitable circumstances.

(2) The rules of this Chapter shall not apply for damage defined by the Act on Nuclear Energy or damage arising from nuclear accidents covered by international conventions ratified by Hungary.

Ch. LXXIII.

Liability for Buildings

6:560. §
[Liability of the owner of building]

(1) The owner of the building shall be liable for damage caused by the falling of parts of the building or the deficiency of the building. He shall be relieved of liability if he is able to prove that the rules of construction and maintenance have not been breached and that he has not acted wrongfully during construction or maintenance in order to prevent the damage.

(2) The provisions of Subsection 1 shall be applied for damage caused by the falling of objects installed on the exterior of a building with the distinction that the person in whose interest the object has been installed is jointly and severally liable with the owner of the building.

(3) These provisions shall not affect the right of the liable party to indemnification from the tortfeasor.

6:561. §
[Liability for damage caused by thrown, dropped or spilled objects]

(1) For damage caused by thrown, dropped or spilled objects from apartments or other places, the tenant or other user of the apartment or other places shall be liable towards the injured party.

(2) The tenant or the user is liable as a guarantor, if he names the tortfeasor. The tenant or the user shall be relieved of obligation if he proves that the tortfeasor's presence in the place was unlawful.

(3) For damage caused by any thrown, dropped or spilled object from a place of building for common use, the owner of the building shall be liable towards the injured party. If the owner names the tortfeasor he shall be liable as a guarantor.

(4) Besides these provisions, the liable person is entitled to enforce indemnification

claims against other persons liable for the damage.

Ch. LXXIV.

Liability for Damages Caused by Animals

6:562. §
[Damage caused by animals]

(1) A person who keeps animals is liable for damage caused by the animals unless he proves that while keeping the animals his conduct was not wrongful.

(2) The provisions of liability for extra-hazardous activities shall be applied to keepers of dangerous animals.

6:563. §
[Liability for damages caused by game]

(1) To compensate the damage caused by game, the owner of the hunting rights on whose territory the damage occurred is liable. If the damage did not occur on hunting territory, the owner of the right of hunt from whose territory the game came from is liable.

(2) The owner of the hunting rights shall be relieved of obligation if he proves that the damage was caused by an unavoidable cause outside of his control.

(3) The term of limitation shall be three years.

XXVIII. Title

Indemnification for Lawfully Caused Damage

6:564. §
[Indemnification for lawfully caused damage]

When the law prescribes paying compensation for damage caused by lawful act, the provisions for damages shall be properly applied for the method and extent of indemnification.

England und Commonwealth

Ken Oliphant

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth

¶

KAPITEL 5

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth

KEN OLIPHANT*

Vorbemerkungen

I. Allgemeine Einleitung

Ziel dieses Kapitels ist die Betrachtung der grundlegenden Ideen, die in *Helmut Koziols* »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« entwickelt werden, aus der Sicht des englischen Rechts und (in Grenzen) des Rechts des Commonwealth. Das Buch *Koziols* ist in seiner Argumentation so reichhaltig, dass man durch eine Auswahl einzelner seiner Ideen als »grundlegend« riskiert, andere zu vernachlässigen, die nicht weniger wichtig oder sogar wichtiger sind. Doch ich musste wohl oder übel eine Wahl treffen, und kann dabei vielleicht als Milderungsgrund geltend machen, dass ich jene Ideen hervorgehoben habe, die meines Erachtens bei Juristen in England und im Commonwealth den stärksten Widerhall finden werden. 5/1

* Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr.h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

II. Die grundlegenden Ideen in den »Basic Questions«

5/2 In meinen eigenen Worten formuliert, lauten die grundlegenden Ideen in den »Basic Questions« wie folgt:

1. Das Schadenersatzrecht (law of tort[1]) sollte als Teil eines umfassenden Systems gesehen werden, das den Schutz von Rechtsgütern (»legal goods«) sichert. Dieses System umfasst nicht nur die einzelnen Teile des Privatrechts (Deliktsrecht, Vertragsrecht, ungerechtfertigte Bereicherung usw), sondern auch verschiedene Mechanismen öffentlichrechtlichen Charakters, einschließlich Strafrecht und Sozialrecht.

2. Dieses umfassende System von Schutzmechanismen sollte in folgender Hinsicht konsistent sein[2]: Es sollte auf einem kohärenten und transparenten Wertekanon beruhen; jeder Teilmechanismus sollte jene Rolle spielen, die seinem Platz im Gesamtsystem entspricht; es sollte anerkannt werden, dass die einzelnen Mechanismen verschiedene Funktionen haben und von verschiedenen Grundprinzipien geleitet werden, und sie sollten nicht verdreht werden, um fremde Funktionen zu erfüllen oder fremden Prinzipien zu entsprechen; und es sollte Verhältnismäßigkeit herrschen zwischen den Faktoren, die Rechtswirkungen erzeugen, und den Wirkungen, die durch sie hervorgerufen werden (»für schwerwiegendere Rechtsfolgen sind strengere Voraussetzungen erforderlich«)[3].

3. Zwischen den Schutzmechanismen des Privatrechts und jenen des öffentlichen Rechts besteht ein fundamentaler Unterschied. Erstere sollten nicht mit öffentlichrechtlichen Aufgaben befrachtet werden, die ihrer Natur nicht entsprechen. Die Besonderheit des Privatrechts liegt darin, dass es auf dem Strukturprinzip *zweiseitiger Rechtfertigung (bilateral justification)* beruht, wonach ein Zusammentreffen von Gründen für die Verpflichtung der einen Partei mit Gründen für die entsprechende Berechtigung der anderen Partei verlangt wird. Die Prinzipien des Privatrechts können nicht durch den bloßen Hinweis auf »einseitige« Erwägungen gerechtfertigt werden[4].

4. Das Recht erfüllt seine Funktionen dann am besten, wenn es als bewegliches System ausgebildet ist, das die verschiedenen Werte verschiedener Güter an-

---

1 Ich verwende im englischen Text den Ausdruck »tort law«, obwohl er dem deutschen »Schadenersatzrecht« nicht genau entspricht. Siehe Basic Questions I v. Wo erforderlich, wird im englischen Text die Formulierung »law of damages« gebraucht, wenn diese den erörterten Gegenstand besser zum Ausdruck bringt.

2 Siehe allgemein Basic Questions I Rz 2/90.

3 Basic Questions I Rz 2/95.

4 Basic Questions I Rz 2/92.

erkennt, und zugunsten fließender Übergänge auf scharfe Abgrenzungen verzichtet[5].

III. Ihre Anwendung auf englisches und Commonwealth-Recht

Diese Thesen markieren einen grundsätzlichen Zugang zum Schadenersatzrecht, der den meisten Juristen Englands und des Commonwealth einigermaßen vertraut vorkommen würde, und er würde von einigen enthusiastisch aufgenommen, allerdings von anderen emphatisch zurückgewiesen werden. Es könnte hilfreich sein, am Anfang dieses Beitrags einen vorläufigen Hinweis darauf zu geben, worin man in England und im Commonwealth die wichtigsten Konfliktbereiche erblicken würde. **5/3**

Schadenersatzrecht als Teil eines umfassenden Systems zum Schutz von Rechtsgütern. Obwohl mir keine Untersuchung deliktischer Haftung (tortious liability) geläufig ist, die deren Platz im Gesamtsystem des Schutzes von Rechtsgütern einer so nachhaltigen und strengen Analyse unterworfen hätte, vermute ich, dass es die meisten Juristen in England und im Commonwealth für hilfreich halten würden, eine solche Betrachtung vorzunehmen, und man kann Debatten in konkreten Zusammenhängen beobachten, die »tort law« anderen Schutzmechanismen gegenüberstellen, einschließlich solcher des öffentlichen Rechts – zB Deliktsrecht gegen Verwaltungsrecht, Deliktsrecht gegen verschuldensunabhängige Haftung (tort versus regulation, tort versus »no fault«). **5/4**

Die Konsistenz des Gesamtsystems. Wenngleich es einige »kritische« Rechtsgelehrte gibt, die sich an Inkonsequenz im Recht begeistern[6], würde die große Mehrheit von Juristen in England und im Commonwealth doch dasjenige für erstrebenswert erachten, was oft als »Kohärenz« bezeichnet wird. In den letzten Jahrzehnten war Kohärenz im deliktischen Schadenersatzrecht ein besonderes Thema in den Publikationen des kanadischen Rechtsgelehrten *Ernest Weinrib* und von Autoren, die man im weiteren Sinn seine Jünger nennen könnte[7]. Doch selbst **5/5**

5 Basic Questions I Rz 1/17 ff und 2/98.

6 Siehe auch die von *Englard* entwickelte Theorie der »complementarity«: *I. Englard,* The Philosophy of Tort Law (1992); *derselbe,* The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law, in: D. G. Owen (Hrsg), The Philosophy of Tort Law (1997).

7 Zu *Weinrib* siehe insbesondere *E. Weinrib,* The Idea of Private Law (überarbeitete Neuauflage 2012); *derselbe,* Corrective Justice (2012). Bezüglich seiner »Jünger« siehe zB *A. Beever,* Rediscovering the Law of Negligence (2007); *J. W. Neyers,* A Theory of Vicarious Liability (2005) 43

jene, die im Prinzip akzeptieren, dass Recht im beschriebenen Sinn kohärent sein sollte, anerkennen gelegentlich Beschränkungen der Möglichkeit, ein solches Ziel in einer Common law-Rechtsordnung zu erreichen. Man kann der Auffassung sein, dass bestimmte Reformen nicht innerhalb der legitimen Funktion der Justiz durchgeführt werden können, sondern ausschließlich dem Gesetzgeber obliegen. Da der Gesetzgeber jedoch nur selten politische Vorteile darin erblickt, im Bereich des Deliktsrechts tätig zu werden – und wenn er es doch tut, man nicht darauf vertrauen kann, dass er eine kohärente Reform bewirkt – stellt dies in Juristenkreisen eine Quelle beträchtlicher Frustration dar.

5/6 *Die Besonderheit des Privatrechts. Weinrib* hat in seinen Arbeiten auch ausführlich zugunsten einer Sonderstellung des Privatrechts auf Grund von dessen bilateraler Struktur argumentiert, und deshalb behauptet, dass es keine »öffentlichen« Ziele kohärent verfolgen könne. Letztere sollten, wenn überhaupt, durch andere Rechtsmechanismen verfolgt werden. Dieser Auffassung haben sich auch andere angeschlossen, die allerdings nicht so weit gehen, das *Weinrib-Paket* zur Gänze zu übernehmen. Es gibt jedoch auch gewichtige Meinungen dahingehend, dass gesellschaftliche Ziele legitimerweise mit Mitteln des Privatrechts verfolgt werden können. Regelmäßig werden beispielsweise rechtspolitische Erwägungen herangezogen um zu entscheiden, ob in einer konkreten Situation eine Person gegenüber einer anderen Person Sorgfaltspflichten treffen. Die meisten jener Autoren, die das für legitim halten, würden entrüstet den Vorwurf zurückweisen, dass sie dadurch Privatrecht mit öffentlichem Recht verquicken.

5/7 *Beweglichkeit gegen Sicherheit.* An diesem Punkt ist wohl mit größerem Widerstand gegen die These zu rechnen, die in den »Basic Questions« entwickelt wird. Seit unvordenklichen Zeiten besteht im Recht eine Spannung zwischen Beweglichkeit und Sicherheit, und im Common law, wo in erster Linie der Richter, nicht der Gesetzgeber die Rechtsentwicklung bestimmt, liegt es in der Natur der Rechtsordnung, dass dieser Richter bei der Erzeugung, Anwendung und Weiterentwicklung von »Fallrecht« besonderes Gewicht auf Rechtssicherheit legt. Die Lehre vom Präjudiz *(stare decisis)* ist wohl der deutlichste Ausdruck dieser Philosophie. Sie ist jedoch auch ein besonders auffallender Aspekt der richterlichen Ausgestaltung von Prinzipien des Deliktsrechts, in denen oft (vielleicht zu oft) akzeptiert worden ist, dass ein Maß an Willkür der notwendige Preis dafür ist, dass an Rechtssicherheit als oberstem Prinzip festgehalten wird.

Alberta Law Review 287; *J. W. Neyers,* The Economic Torts as Corrective Justice (2009) Torts Law Journal (TLJ) 162.

Teil 1 Einleitung

I. Eigentum und Risikoüberwälzung

Die oben angeführten Ideen sind im Ausgangspunkt von *Koziols* »Basic Questions« enthalten: »Erleidet jemand einen Schaden, so hat er ihn grundsätzlich selbst zu tragen«[8]. Das ist, *Claus-Wilhelm Canaris* folgend, (»selbstverständlich«) ein »allgemeines Lebensrisiko.« Aus der Sichtweise des Privatrechts scheint die Schlussfolgerung auf dem Prinzip zweiseitiger Rechtfertigung zu beruhen, denn dass eine Person Schaden erleidet, bildet an sich noch keinen Grund dafür, eine andere Person zur Tragung der Kosten zu verpflichten. Überwälzung des Risikos auf jemand anderen verlangt nach einer unabhängigen Rechtfertigung, die jene andere Person betrifft. Diese Auffassung ist in der lateinischen Regel *casum sentit dominus* niedergelegt, die *Koziol* in seinem Einleitungssatz anführt. 5/8

Wahrscheinlich wählen alle Rechtsordnungen diesen Ausgangspunkt. Der lateinische Satz selbst ist auf englisch nicht geläufig – eine Suche in der Westlaw database of UK cases hat kein einziges Ergebnis gebracht – doch, wie *Koziol* feststellt, gibt es ein wohlbekanntes englisches Äquivalent: let the loss lie where it falls (der Schaden soll den treffen, bei dem er sich ereignet). Dieser Satz wird häufiger im Vertragsrecht als im Deliktsrecht ausdrücklich angesprochen[9], doch ist er eindeutig auch im Bereich des Deliktsrechts von Bedeutung. Der große amerikanische Richter und Rechtsgelehrte *Oliver Wendell Holmes* stellt in seinem magnum opus »The Common Law« fest, es sei »das allgemeine Prinzip unseres Rechts, dass ein Zufallsschaden den trifft, bei dem er sich ereignet, und dieses Prinzip bleibt auch davon unberührt, dass ein menschliches Wesen als Instrument des Missgeschicks fungiert«[10]. Eine neuere Betrachtung entwickelt die Idee etwas weiter: »Der Ausgangspunkt muss sein, dass ein Schaden in erster Linie den treffen muss, bei dem er sich ereignet. Gewichtige und zwingende Gründe müssen vorliegen, damit das common law eingreift, indem es anordnet, dass der Schaden von einer anderen Person zu tragen ist. Und Richter müssen die Tatsache 5/9

8 Basic Questions I Rz 1/1.

9 Insbesondere in Verbindung mit nachfolgenden Ereignissen, die eine Vertragserfüllung unmöglich machen, siehe zB *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] Law Reports, Appeal Cases (A.C.) 32.

10 *O. W. Holmes,* The Common Law (1881, Nachdruck 1991) 94 »[t]he general principle of our law is that loss from accident must lie where it falls, and this principle is not affected by the fact that a human being is the instrument of misfortune«.

in Betracht ziehen, dass in einer realen Welt das Common law seinen Schutz nicht zu weit ausdehnen kann«[11].

5/10 Etwa dieselbe Vorstellung ist in einer lateinischen Formulierung anzutreffen, die in Common law-Rechtsordnungen weit verbreitet ist: *damnum absque iniuria*[12]. Dadurch wird die Idee ausgedrückt, dass nicht jeder Schaden eine Verletzung darstellt, für die das Recht eine andere Person verantwortlich macht. Siehe dazu ausführlicher unten Rz 5/117 ff.

5/11 Selbstverständlich kennen auch englische Juristen die Illusion eines »Schlaraffenlandes«, die *Koziol* auf den ersten Seiten seines Buches beklagt[13]. So hat etwa ein hochrangiger Richter ausdrücklich die Tendenz kritisiert, anzunehmen, »dass für jedes Missgeschick in einer unfallsgeneigten Welt irgendein Zahlungsfähiger zum Schadenersatz herangezogen werden müsse«[14]. Und in ähnlicher Weise hat man Gerichte aufgefordert, »nicht zur Schaffung einer prozesssüchtigen Gesellschaft beizutragen, die von der Illusion ausgeht, dass es für jedes Unglück einen Rechtsbehelf gebe«[15]. In richterlichen dicta und in der allgemeinen öffentlichen Diskussion wurden deutlich die nachteiligen Folgen für die Gesellschaft hervorgehoben, die von einer sogenannten »Kompensationskultur« bewirkt werden. Diese Besorgnis zusammenfassend wurde gesagt, »es ist zu befürchten, dass die Menschen statt zu lernen, mit unvermeidlichen Irritationen und Unglücksfällen im Leben umzugehen, die Erwartung hegen, dass sie von anderen für all ihre Leiden entschädigt werden, und dass sich diese anderen daraufhin übermäßig abwehrend oder schutzsuchend verhalten werden«[16]. Zugleich ist eine Befürchtung geäußert worden im Hinblick auf die Beschränkungen persönlicher Bewegungsfreiheit, die aus einer übertriebenen Ausweitung des Schadenersatzrechts resultieren, und zwar nicht nur, sondern auch im Hinblick auf potentielle Opfer, deren Handlungsspielraum eingeschränkt wird, wenn diejenigen, die von Haftung bedroht sind, mit einer überzogenen Abwehrhaltung reagieren.

5/12 Diese verschiedenen Befürchtungen haben in Australien zu einer erheblichen Reform des Deliktsrechts geführt[17], in den USA eine Schadenersatzreform-

11 *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 205, 236 per Steyn LJ (CA). Siehe auch *Stovin v. Wise* [1996] A.C. 923, 933 per Lord Nicholls (»Leaving the loss to lie where it falls is not always an acceptable outcome« – »den Schaden denjenigen treffen zu lassen, bei dem er sich ereignet, ist nicht immer ein akzeptables Ergebnis«) und, im Zusammenhang mit Schiffskollisionen, *Cayzer, Irvine & Co. (Owners of the Steamship »Clan Sinclair«) v. Carron Co. (Owners of the Steamship »Margaret«)* (1884) 9 Law Reports, Appeal Cases (Second Series) App. Cas. 873, 881 per Lord Blackburn.

12 Siehe zB *Halsbury's Laws of England,* Band 97, Tort § 412 ff *(K. Oliphant)*.

13 Basic Questions I Rz 1/2.

14 *C.B.S. Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics plc* [1988] A.C. 1013, 1059 per Lord Templeman.

15 *Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council* [2004] 1 Weekly Law Reports (W.L.R.) 1057 [2] per Lord Stein.

16 *Majrowski v. Guy's and St Thomas's NHS Trust* [2007] 1 A.C. 224 [69] per Baroness Hale.

17 Im Gefolge des ›Ipp Report‹ 2002: Review of the Law of Negligence: Final Report, 2002, <www.revofneg.treasury.gov.au/content/Report2/PDF/Law_Neg_Final.pdf>.

bewegung hervorgerufen, und auch eine eher kosmetische Gesetzeskorrektur im Vereinigten Königreich bewirkt[18]. Die Notwendigkeit solcher Reformen wurde im akademischen Bereich weitgehend skeptisch eingeschätzt[19], allerdings nicht deshalb, weil Wissenschaftler der Meinung wären, das Recht sollte für den Ersatz jedes erlittenen Schadens sorgen, sondern auf Grund einer weitverbreiteten Auffassung, dass die feindselige Einstellung der Allgemeinheit gegenüber dem Schadenersatzrecht zu einer Reform führen könnte, in der fundamentale Rechtsgrundsätze deformiert und Ersatzzahlungen an Opfer selbst dann verhindert werden, wenn gute Gründe vorliegen, eine andere Person zur Haftung heranzuziehen.

II. Die Stellung des Schadenersatzrechts im Gesamtsystem

In einer noch grundsätzlicheren Weise wird seit langem Skepsis laut, ob das Scha- **5/13**
denersatzrecht in der Lage ist, den verschiedenen Ansprüchen gerecht zu werden, die an es von der modernen Gesellschaft herangetragen werden; das hat zur Einführung alternativer Mechanismen geführt, die den gesellschaftlichen Bedürfnissen besser entsprechen sollen, wobei manchmal Rechtsbehelfe abgeschnitten wurden, die ansonsten nach Deliktsrecht zur Verfügung stünden[20].

18 Compensation Act 2006. Reformen des Zivilprozessfinanzierungssystems, die im April 2013 in Kraft getreten sind, können auf dieselben Besorgnisse zurückgeführt werden, dürften aber größere Wirkung zeigen.

19 Für das Vereinigte Königreich siehe *K. Williams,* State of Fear: Britain's »Compensation Culture« Reviewed (2005) 25 Legal Studies (L.S.) 499; *R. Lewis/A. Morris/K. Oliphant,* Tort Personal Injury Claims Statistics: Is There a Compensation Culture in the United Kingdom? (2006) 14 TLJ 158; *A. Morris,* Spiralling or Stabilising? The Compensation Culture and Our Propensity to Claim Damages for Personal Injury (2007) 70 Modern Law Review (M.L.R.) 349; siehe auch allgemein *Better Regulation Task Force,* Better Routes to Redress (2004). Für Australien siehe *E. W. Wright,* National Trends in Personal Injury Litigation: Before and after »Ipp« (2006) 14 TLJ 233; *D. Ipp JA,* Themes in the Law of Tort (2007) 81 Australian Law Journal (A.L.J.) 609; *J. F. Keeler,* Personal Responsibility and the Reforms Recommended by the Ipp Report: »Time Future contained in Time Past« (2006) 14 TLJ 48; *B. McDonald,* The Impact of the Civil Liability Legislation on Fundamental Policies and Principles on the Common Law of Negligence (2006) 14 TLJ 268.

20 Einen Überblick gibt *K. Oliphant,* Landmarks of No-Fault in the Common Law, in: W. van Boom/M. Faure (Hrsg), Shifts in Compensation between Private and Public Systems (2007).

A. Arbeitsunfallentschädigung (Workers' compensation)[21]

5/14 Eine verschuldensunabhängige Arbeitsunfallentschädigung wurde in Großbritannien durch den Workmen's Compensation Act 1897 eingeführt, und seinem Beispiel sind zunächst Neuseeland und South Australia (1900) gefolgt, andere Staaten und Territorien Australiens folgten später. Als erste kanadische Provinz hat 1915 Ontario die Arbeitsunfallentschädigung eingeführt, 1931 waren alle anderen größeren Provinzen soweit. Die Beziehung der neuen Maßnahmen zu bestehenden Rechtsbehelfen des Privatrechts nahm verschiedene Formen an. Im Vereinigten Königreich brachte der Workmen's Compensation Act keine Beschränkung der Rechte des Arbeiters, einen deliktischen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Es blieb möglich, den Unternehmer aus einem Arbeitsunfall zu klagen und nach Deliktsrecht Schadenersatz zu erlangen. Im Gegensatz dazu wurden in Australien deliktische Ansprüche gegen den Unternehmer in einigen Staaten abgeschafft, in anderen wurden sie mit Zugangsbeschränkungen beibehalten, und in einer letzten Staatengruppe blieb der unbeschränkte Zugang zu Gericht aufrecht. Beschränkungen des Klagerechts aus Delikt haben verschiedene Formen angenommen, einschließlich Höchst- und Mindestbeträgen für erzielbaren Schadenersatz, ausgedrückt entweder in Geldbeträgen oder in Invaliditätsprozenten, wobei die Beschränkungen entweder den gesamten Anspruch betreffen oder speziell Vermögensschaden oder Nichtvermögensschaden (non-economic loss). Abhängig von Zeit und Ort kann die geschädigte Person verpflichtet sein, eine unwiderrufliche Wahl zu treffen, ob sie den einen Anspruch anstelle des anderen verfolgen wolle, wobei die Entscheidung für eine gerichtliche Geltendmachung des Deliktsanspruchs den Verlust der Ansprüche aus Workers' compensation nach sich ziehen würde, oder es kann ihr gestattet sein, bis zu einem tatsächlichen Zuspruch von Schadenersatz im Prozess beide Ansprüche parallel zu verfolgen.

5/15 No-fault workers'compensation (verschuldensunabhängige Arbeitsunfallentschädigung) hat in Großbritannien und in Neuseeland – im Gegensatz zu Australien und Kanada – ihre frühere separate institutionelle Identität nicht beibehalten. In Großbritannien wurde Workers' compensation in den unmittelbaren Nachkriegsjahren in das allgemeine Soziale Sicherungssystem eingegliedert und wurde dort zum Industrial Injuries Scheme (IIS, Betriebsunfallsversicherungssystem)[22]. Das IIS ist eine sehr verwässerte Form von Workers' compensation, bei der

21 *Oliphant* in: van Boom/Faure, Shifts in Compensation Rz 5 ff; *R. Lewis,* Employers' Liability and Workers' Compensation: England and Wales, in: K. Oliphant/G. Wagner (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012).

22 National Insurance (Industrial Injuries) Act 1946. Siehe allgemein *R. Lewis,* Compensation for Industrial Injury: A Guide to the Revised Scheme of Benefits for Work Accidents and Diseases (1987).

Leistungen zu fixen Sätzen erbracht werden, und nicht im Verhältnis zum vor dem Unfall erzielten Einkommen. Als die Bezugnahme auf das vor dem Unfall erzielte Einkommen 1990 abgeschafft wurde, war das IIS weitgehend in das normale Soziale Sicherungssystem integriert, obwohl die erbrachten Leistungen von jenen verschieden sind, die bei nicht arbeitsbezogener Erkrankung erbracht werden.

In Neuseeland wurde Workers' Compensation 1974 durch ein umfassendes Accident Compensation Scheme (Unfallentschädigungssystem) ersetzt. Siehe unten Rz 5/22 ff. **5/16**

B. Soziale Sicherung (Social welfare provision)

Das britische System sozialer Sicherung wurde in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführt. Es enthält eine Reihe von Sozialmaßnahmen einschließlich Krankengeld, Invalidenrente und Arbeitslosengeld, sowie freien Zugang zum National Health Service (NHS, nationale Krankenversorgung) für jedermann. Anfangs wurden nur beschränkte Abzüge der Sozialleistungen von jenen Schadenersatzzahlungen vorgenommen, die im Deliktsprozess über dieselbe Verletzung erstritten wurden, dh es gab in den Beträgen, die der Antragsteller erlangte, ein Element doppelter Ersatzleistung. Doch seit 1989 gilt eine gesetzliche Regelung zur Rückerstattung, wonach der Staat den Wert von Sozialleistungen rückfordern kann, die hinsichtlich derselben Verletzung erbracht worden sind. Diese funktioniert als Abzug von den Ersatzleistungen, die an den Kläger gezahlt werden, und nicht als unabhängige Regressklage gegen den Beklagten[23]. Der Abzug wird nur bei Schadenskategorien vorgenommen, bei denen Kompensation durch Sozialleistungen erfolgt, dh dass Schmerzengeld – für das keine entsprechende Sozialleistung erbracht wird – wirksam abgesichert ist. Lange existierten nur sehr beschränkte Vorkehrungen für die Einforderung von NHS-Behandlungskosten für verletzte Personen, doch ab 2007 wurde das gesetzliche Regresssystem erweitert, um dem Department of Health (Gesundheitsministerium) zu gestatten, den Ersatz der entsprechenden Kosten des NHS (einschließlich Krankentransportkosten) einzufordern[24]. **5/17**

Einige Gelehrte sind der Meinung, das soziale Sicherungssystem biete eine bessere Grundlage für Ersatzleistung für Körperverletzungen als das Deliktsrecht, und sie empfehlen, Deliktsansprüche so weit einzuschränken, dass ausschließlich Ansprüche aus Sozialer Sicherung geltend gemacht werden könnten[25]. Doch **5/18**

23 Siehe nunmehr Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997.

24 Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003; Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003 (Commencement) (Nr 11) Order 2006.

25 Siehe *J. Smillie,* The Future of Negligence (2007) 15 TLJ 300.

die Leistungen der Sozialen Sicherung sind gegenwärtig viel zu niedrig, um den Schluss zu erlauben, dass darin ein angemessener Abgleich läge, und es gibt keine öffentliche Begeisterung für jene Steuererhöhungen, die erforderlich wären, um höhere Leistungen zu gewährleisten.

C. Gezielte verschuldensunabhängige Kompensation (Targeted no-fault)

5/19 Da weder Deliktsrecht noch Soziale Sicherung eine angemessene Antwort auf das soziale Problem unfallbedingter Verletzung geben konnte, hat sich der Schwerpunkt von Reformbestrebungen auf die Einführung von versicherungsgegründeten verschuldensunabhängigen Entschädigungssystemen für bestimmte Bereiche verlagert. Im Vereinigten Königreich ist das Hauptbeispiel die Verbrechensopferentschädigung, die 1964 eingerichtet wurde[26]. Bis 2001 wurden Leistungen nach den Bemessungsregeln für Schadenersatz nach Common law zuerkannt, doch seither gibt es einen gesetzlichen »Tarif« von 25 verschiedenen Stufen der Ersatzleistung, mit einer Höchststufe von £ 250.000,–; Verdienstentgang (nach den ersten 28 Wochen); »Sonderausgaben« können ebenfalls ersetzt werden. Bis 2012 waren die Regeln für die Berechnung dieser Leistungen ähnlich, aber weniger großzügig als jene im Common law, doch seit 2012 wird Einkommensverlust pauschal in einer Höhe ersetzt, die der Sozialversicherungsleistung entspricht (gesetzliches Krankengeld). Der Höchstbetrag, der insgesamt für eine einzelne Verletzung zuerkannt werden kann, ist £ 500.000,–[27]. Obwohl ins Treffen geführt wurde, dass die Schaffung eines staatlichen Fonds wegen der Verantwortung des Staates für sein Versagen beim Schutz seiner Bürger gegen Verbrechen, bei gleichzeitiger staatlicher Beschränkung individueller Selbstschutzmaßnahmen, gerechtfertigt erscheint, wurden diese Argumente von der Arbeitsgruppe, deren Bericht den Weg für die Einführung des Systems bereitete, als »irreführend und gefährlich« bezeichnet[28]. Ihre Rechtfertigung für die Reform war einfach Sympathie für die Opfer, verbunden mit der Einsicht, dass die Leistungen des Sozialen Sicherungssystems unangemessen niedrig waren.

5/20 Es ist auch vorgeschlagen worden, dass das Vereinigte Königreich ein besonderes verschuldensunabhängiges Ersatzsystem für Körperverletzungen durch Un-

---

26 Kompensation für strafrechtlich verfolgte Verletzungen wurde in Neuseeland 1964 eingeführt, kurz vor dem Vereinigten Königreich, und danach in Australien und Kanada.

27 Siehe *Ministry of Justice,* The Criminal Injuries Compensation Scheme 2012 (2012).

28 *Home Office Working Party on Compensation for Victims of Crimes of Violence,* Compensation for Victims of Crimes of Violence, Report, Cmnd. 1406 (1961); und siehe allgemein *Oliphant* in: van Boom/Faure, Shifts in Compensation Rz 36 ff.

fälle im Straßenverkehr einrichten solle, doch bisher ist es zu keiner Gesetzgebungstätigkeit in dieser Hinsicht gekommen. Im Gegensatz dazu wurde in Kanada 1946 das erste verschuldensunabhängige Kfz-Unfallssystem in Saskatchewan eingeführt[29], dem später einige weitere Provinzen gefolgt sind. Einige Staaten Australiens haben ebenfalls eine verschuldensunabhängige Kfz-Haftung eingeführt[30].

Von Zeit zu Zeit ist auch verschuldensunabhängiger Ersatz für Verletzungen durch Heilbehandlung (medical injuries) vorgeschlagen worden, doch auch diese Anregung blieb ohne greifbares Ergebnis. So hat etwa ein Diskussionsentwurf des Department of Health 2003 festgestellt, dass es angezeigt erschien, verschuldensunabhängige Kompensation bei Geburtsschäden zu zahlen, die schwere neurologische Behinderungen ergeben haben[31], doch das wurde in das folgende Gesetz nicht aufgenommen, obgleich dieses andere Empfehlungen des Diskussionsentwurfs sehr wohl umsetzte[32]. **5/21**

D. Umfassende verschuldensunabhängige Kompensation (Universal no-fault)

Ein mögliches Modell für eine tiefgreifendere Reform bietet das in Neuseeland 1974 eingeführte verschuldensunabhängige Unfall-Ersatzsystem. Dieses hat die Vorschläge eines hervorragenden offiziellen Berichts des Richters *Sir Owen Woodhouse*[33] umgesetzt. *Woodhouse* stellte fest, dass »die negligence action (Fahrlässigkeitsklage) eine Art von Lotterie darstellt«, und er kritisierte das gesamte Ersatzsystem, in dem diese figuriert, einschließlich Workers' Compensation und Social Security: »Eine derart fragmentarische und willkürliche Reaktion auf ein gesellschaftliches Problem, die geradezu nach einer koordinierten und umfassenden Behandlung schreit, kann nicht gut genug sein«[34]. Der Bericht empfahl »zwei Grundprinzipien: Erstens, ein befriedigendes System der Unfallversicherung kann nur auf der Grundlage von Gemeinschaftsverantwortung organisiert werden. Zweitens, Vernunft, Logik und Gerechtigkeit fordern den Einschluss jedes verletzten Bürgers, und die gleiche Behandlung gleicher Verletzungen. Es muss das Recht auf umfassenden Schutz (comprehensive entitlement) geben.«[35] **5/22**

---

29 *Oliphant* in: van Boom/Faure, Shifts in Compensation Rz 22 und 32 ff.

30 *Oliphant* in: van Boom/Faure, Shifts in Compensation Rz 70.

31 *Chief Medical Officer,* Making Amends: A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS (Department of Health, 2003).

32 NHS Redress Act 2006.

33 *Royal Commission of Inquiry (Chairman: The Honourable Mr Justice Woodhouse),* Compensation for Personal Injury in New Zealand (1967) *[Woodhouse Report].*

34 Ebendort § 1.

35 Ebendort § 1.

Weitere Aspekte des vorgeschlagenen Systems waren ein Bekenntnis zu völliger Rehabilitation und echtem (allerdings nicht »vollem«) Ersatz, und die Erkenntnis der Notwendigkeit einer effizienten Verwaltung.

5/23 Das Ersatzsystem für Unfallschäden (Accident Compensation Scheme) trat 1974 in Kraft, es setzt die meisten Vorschläge von *Woodhouse* um. Seine wichtigsten Komponenten können wie folgt zusammengefasst werden[36]:

- Deckung bietet das System für verschiedene spezielle Kategorien von Körperverletzungen, einschließlich Verletzung durch Unfall, arbeitsbezogene Erkrankungen, Infektionen und Krankheitsprozesse sowie Verletzungen durch Heilbehandlung. Es ist unerheblich, ob die Verletzung durch Verschulden eines anderen bewirkt worden ist. Es gibt spezielle Ausnahmen von der Deckung hinsichtlich Krankheiten und Infektionen – außer diese sind arbeitsbedingt oder das Ergebnis einer Verletzung bei der Behandlung – sowie für Altersfolgen.
- Die vorgesehende Ausgleichsleistung ist »echt«, aber nicht »voll«. Sie deckt sowohl Vermögens- als auch Nichtvermögensschäden (non-economic losses) und inkludiert dort, wo dies angebracht erscheint, wöchentliche Ausgleichszahlungen in der Höhe von 80 % der vor dem Unfall erzielten Einkünfte bis zu einem Höchstbetrag des etwa 2,5 fachen durchschnittlichen wöchentlichen Einkommens für Gehaltsempfänger, Pauschalbeträge für Nichtvermögensschaden bei Dauerinvalidität von 10 % oder höher im Bereich zwischen $ 2.500,– und $ 100.000,–, sowie medizinische und Rehabilitationskosten, einschließlich Gebühren der öffentlichen Gesundheitsfürsorge (public healthcare fees) und Aufwendungen wie etwa für die Anpassung von Wohnung oder Kraftfahrzeug, Pflegehilfe zuhause und Bereitstellung eines Rollstuhls.
- Die Finanzierung des Systems erfolgt durch Beiträge (levies) der Unternehmer (employers), der selbständig Berufstätigen (self-employed), von Kfz-Zulassungsbesitzern (motor vehicle licence-holders) und seit 1992 auch von Beschäftigten (»earners«). Ein Teil der Benzinsteuer wird ebenfalls dem System zugewiesen, und es existiert zusätzlich eine öffentliche Subvention aus allgemeinen Steuermitteln.
- Sofern unter dem System Deckung besteht, wird die Verfolgung von kompensatorischem Schadenersatz im Zivilrechtsweg ausgeschlossen.

5/24 In einer 2004 zur Feier des dreißigjährigen Bestehens des Systems veröffentlichten Broschüre wurde es als »vernünftigstes und humanstes Entschädigungssystem der Welt« beschrieben[37]. Trotz gelegentlichen Murrens über sein Funktionieren in einzelnen Konstellationen haben die Grundprinzipien des Systems im ganzen

36 *Oliphant* in: van Boom/Faure, Shifts in Compensation Rz 60 ff.
37 *Accident Compensation Corporation,* Thirty Years of Kiwis Helping Kiwis, 1974–2004 (2004) 3.

Land breite Akzeptanz gefunden[38]. Allerdings ist es von einer Anzahl (meist ausländischer) Gelehrter der Kritik unterzogen worden[39]. Erstens wird ins Treffen geführt, es sei unfair, die Ersatzleistung an Opfer schuldhafter Verletzungen auf einem Niveau zu beschränken, das unter dem Schadenersatz liegt, der bei einer erfolgreichen Zivilklage auf Schadensausgleich zuerkannt würde[40]. Ausgleichende Gerechtigkeit, so sagt man, verlange vollen Ersatz für Schäden, die aus dem Unrecht folgen. Das Prinzip ist zweifellos gefühlsmäßig ansprechend, doch kann das Deliktsrecht wirklich ausgleichende Gerechtigkeit im angestrebten Sinn erzielen? Für *Woodhouse* gewiss nicht. Rechtliches Verschulden (die Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt nach dem Maßstab einer vernünftigen Person) ist »eine juristische Fiktion« und bedeutet sicher nicht moralische Schuld[41]. Es ist überdies eine unergiebige Grundlage für die Unterscheidung zwischen Verletzungen mit vollem Ersatz und solchen, bei denen das Opfer zusätzliche Leistungsquellen finden muss. Die Fahrlässigkeitsklage ist in der Praxis »eine Art Lotterie«[42]. Der Täter ist jedenfalls beinahe immer von den direkten Kosten der Haftung durch Versicherung abgeschottet. Ist es also möglich, vorher bestehende Klagerechte für Opfer verschuldeter Verletzungen neben den Ansprüchen aus dem verschuldensunabhängigen Leistungssystem, die allen Unfallopfern zustehen, aufrechtzuerhalten oder zurückzugeben? Das ist von Zeit zu Zeit von Kommentatoren vorgeschlagen worden[43], doch die New Zealand Law Commission hat ihre Bedenken dagegen zum Ausdruck gebracht: »ein zusätzliches Deliktshaftungssystem (tort liability scheme) würde die Kosten des Schadensausgleichs verdoppeln«[44]. In der Tat war die Sicht von *Woodhouse* explizit auf eine Kostenrechnung gegründet, wonach die Finanzierung bestehender Ersatzsysteme (tort, workers' compensation, criminal injuries compensation) auf das neue verschuldensunabhängige System übertragen würde.

Ein zweiter Kritikpunkt besteht darin, dass ein verschuldensunabhängiges **5/25**
Schadenersatzsystem sorglosen Verhaltensweisen gegenüber keine Abschreckung bietet, und wenn seine Einführung begleitet wird von der Abschaffung jener

38 *G. Wilson,* ACC and Community Responsibility (2004) 35 Victoria University of Wellington Law Review (V.U.W.L.R.) 969, 970.

39 Einen Überblick über die Kritik gibt *J. Henderson,* The New Zealand Accident Compensation Reform (1981) 48 University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.) 781.

40 Siehe zB *R. Mahoney,* New Zealand's Accident Compensation Scheme: A Reassessment (1992) American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.) 159.

41 *Woodhouse Report* (FN 33) § 88.

42 *Woodhouse Report* (FN 33) § 1.

43 Siehe zB *L. Klar,* New Zealand's Accident Compensation Scheme: A Tort Lawyer's Perspective [1983] University of Toronto Law Journal (U.T.L.J.) 33; *R. Miller,* The Future of New Zealand's Accident Compensation Scheme (1989) 11 University of Hawaii Law Review (U. Hawaii L. Rev.) 1; *Mahoney* (1992) Am. J. Comp. L. 159.

44 *New Zealand Law Commission,* Comment on »The Future of New Zealand's Accident Compensation Scheme« by Richard S. Miller (1990) 12 U. Hawaii L. Rev. 339, 342.

Abschreckung, die durch eine Deliktsklage bewirkt wird, muss damit notgedrungen eine Steigerung der Unfallsziffern gefördert werden[45]. Man hat gesagt, die Faktenlage sei nicht schlüssig. Was zur Unterstützung der Kritik herangezogen wird, hat sich übermäßig auf vereinzelte Belege und persönliche Beobachtungen gestützt[46]. Die Gegenmeinung hat ins Treffen geführt, dass vorliegendes statistisches Material keinen Grund zur Annahme biete, die Einführung verschuldensunabhängiger Haftung habe die Unfallziffern erhöht[47]. Man muss auch im Auge behalten, dass das System über eine Anzahl von Instrumenten verfügt, die es dazu verwenden kann, zumindest in einem gewissen Ausmaß die Anreizwirkung des Deliktsrechts nachzubilden, zB die Beitragsfestsetzung auf der Grundlage bisheriger Schadensfälle und die Anpassung von Beiträgen nach Überprüfung der Sicherheitspraxis[48].

5/26 Schließlich wurde das verschuldensunabhängige System als unzulässige Belastung der Staatsausgaben und der Gesellschaft schlechthin kritisiert[49]. Es ist richtig, dass das System gelegentlich in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, doch diese sind nicht durch fehlenden Weitblick in der grundsätzlichen Konzeption entstanden, sondern eher durch Mängel in der Implementierung.

5/27 Gegen diese Kritikpunkte muss man, auch wenn man ihnen eine gewisse Berechtigung zuerkennt, auf die Waagschale legen, was man als die drei großen Errungenschaften des Systems werten kann. Erstens erstreckt es Ersatzleistungen über die Gruppe jener hinaus, die durch das Verschulden anderer verletzt worden sind, und macht derart den Empfang von Ersatz infolge eines Unfalls weniger zu

45 Siehe zB *Mahoney* (1992) Am. J. Comp. L. 159; *Miller* (1989) 11 U. Hawaii L. Rev. 1; *B. Howell,* Medical Misadventure and Accident Compensation in New Zealand: An Incentives-Based Analysis (2004) 35 V.U.W.L.R. 857.

46 Siehe zB *Miller* (1989) 11 U. Hawaii L. Rev. 37-8, dessen Schlussfolgerung, dass infolge der ACC Reform "skandalös gefährliche Bedingungen endemisch geworden sind" von Beobachtungen untermauert wird, die er während eines Studienaufenthalts in Neuseeland gemacht hat, so zum Beispiel, dass Rugby Spieler nicht, wie in Amerika üblich, Helme oder gepolsterte Trikots tragen.

47 Siehe allgemein *New Zealand Law Commission* (1990) 12 U. Hawaii L. Rev. 339. *C. Brown,* Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience (1985) 73 California Law Review (Cal. L. Rev.) 976, hat zB gezeigt, dass der Abwärtstrend in der Opferzahl von Verkehrsunfällen, der vor 1974 begonnen hatte, sich nach diesem Datum fortgesetzt und sogar verstärkt hat.

48 Zu letzterer siehe Accident Compensation Act 2001, sec. 175 und Accident Compensation (Employer Levy) Regulations 2004 (SR 2004/23). Erfahrungswertung von Arbeitgebern wurde 1992 eingeführt, doch nach einem kurzen Versuch mit Privatisierung 1999/2000 nicht fortgesetzt. Ein früheres Bonussystem als Sicherheitsanreiz wurde in den 1980er Jahren aufgegeben, da nicht erwiesen werden konnte, dass es zu einer verbesserten Unfallverhütung beitrug.

49 Siehe zB *P. S. Atiyah,* The Damages Lottery (1997) 183–4 (mit der Bemerkung, dass solche staatliche Systeme auch eine unerwünschte »Schwarze-Peter-Kultur« [»blame culture«] förderten). In seinem Buch hat *Atiyah,* früher ein Anhänger verschuldensunabhängiger Haftung (siehe insbesondere sein Werk Accidents, Compensation and the Law, erstmals 1969 veröffentlicht, jetzt von *P. Cane* herausgegeben [7. Aufl 2006]), nunmehr erklärt, dass er der Eigenversicherung als Lösung des gesellschaftlichen Problems Unfallverletzung den Vorzug gebe.

einer Lotterie als dies nach Deliktsrecht unvermeidlich der Fall wäre. Letzteres entschädigt nur einen sehr kleinen Teil von Unfallsopfern, nach der Schätzung einer Royal Commission im Vereinigten Königreich vielleicht sogar nur 6,5 %[50]. Zweitens werden die Mittel, die für die Erzielung dieser umfassenderen Deckung erforderlich sind, weit effizienter eingesetzt als dies im Deliktsprozess der Fall wäre. Während sich die Betriebskosten des Deliktssystems (im Vereinigten Königreich) nach Berechnungen auf 85 % des Wertes aller Schadenersatzzahlungen belaufen[51], liegt die vergleichbare Ziffer für das in Neuseeland geltende System bei nur 12 % (dh für jeden Dollar, der für Kompensation oder Rehabilitation gezahlt wird, betragen die Kosten nur 12 Cents)[52]. Und zuletzt anerkennt das verschuldensunabhängige System ausdrücklich eine Verantwortung der Gemeinschaft für die Entstehung von Unfallsverletzungen und ihre Behebung. Unfälle sind die unvermeidliche Nebenwirkung von Tätigkeiten, die von der Gemeinschaft ermutigt werden, und von denen die Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit profitiert. Somit trägt die Gemeinschaft auch ursächliche Verantwortung für ihr Eintreten[53].

E. Privatversicherung

Ein noch radikalerer Vorschlag will Schadenshaftung für Körperverletzung abschaffen – und sie durch *nichts* ersetzen, es also privater Eigenschadenversicherung überlassen, die Lücke zu füllen, soweit Privatpersonen dies wünschen. Man behauptet, dies würde die Auswüchse und Mängel des Schadenersatzsystems vermeiden und es gleichzeitig Privatpersonen erlauben, jenen Schutz zu erwerben, der ihren individuellen Bedürfnissen entspricht[54]. Obgleich der Hauptbefürworter dieser Lösung hinsichtlich seiner Arbeiten über Schadenersatz und Haftung bei Unfällen großen Respekt genießt, hat sein Vorschlag sehr wenig Unterstützung gefunden[55]. **5/28**

50 *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (Chairman: Lord Pearson), Report (1978) *[Pearson Report]* Band 1, § 78.
51 *Pearson Report,* Band 1, § 83.
52 *Accident Compensation Corporation,* Annual Report 2005 (2005) 74.
53 Siehe weiters *R. Gaskins,* Environmental Accidents (1990).
54 *Atiyah,* The Damages Lottery.
55 Zur Kritik siehe *A. Ripstein,* Some Recent Obituaries of Tort Law (1998) 48 U.T.L.J. 561; *J. Conaghan/W. Mansell,* From the Permissive to the Dismissive Society: Patrick Atiyah's Accidents, Compensation and the Market (1998) 25 Journal of Law and Society (JLS) 284.

III. Sicherheit gegen Beweglichkeit

5/29 Die Spannung zwischen Sicherheit und Beweglichkeit ist ein ewiges Problem im Common law und vielleicht auch in allen anderen Rechtsordnungen. Im Recht können Aspekte erkannt werden, die beide Orientierungen illustrieren. Einerseits ist allgemein anerkannt, dass der unbestimmte Umfang einer möglichen Haftung ein guter Grund dafür sein kann, eine Sorgfaltspflicht für eine ganze Fallgruppe zu verneinen[56]; man toleriert »unmissverständliche« Rechtssätze (»bright line« rules), deren Wirkung teilweise willkürlich erscheint[57]; man gibt dem Pragmatischen den Vorzug gegenüber dem Prinzipiellen[58], und man verweigert im Recht nicht selten Innovationen mit der Begründung, sie würden zu Rechtsunsicherheit führen[59]. Andererseits sieht man einen flexibleren Zugang bei der Zulassung von Haftungsteilung bei Mitverschulden[60], weiters die Zustimmung (innerhalb gewisser Grenzen) zu Anteilshaftung in Fällen ungewisser Kausalität[61], die ausdrückliche Abwägung rechtspolitischer Argumente bei der Entscheidung, ob der Umfang von Verhaltenspflichten über die Grenzen hinaus ausgedehnt werden sollte, die in den bisherigen Fällen gezogen worden sind[62], und in zahlreichen anderen speziellen Aspekten des Deliktsrechts. Bei tiefergehender Betrachtung könnte man auch sagen, dass durch die Zulassung von Strafschadenersatz das Common law einen fließenden Übergang vom Deliktsrecht zum Strafrecht anerkennt[63]. Das ist natürlich ein Aspekt, der eine lebhafte Debatte ausgelöst hat, mit starken Argumenten auf beiden Seiten.

56 Dh Fälle außerhalb der anerkannten »Verhaltenspflicht-Situationen«: siehe Clerk & Lindsell on Torts[20] (2010) § 8.05 ff.

57 ZB im Bereich von Haftung für psychiatrische Verletzung (psychiatric harm): siehe zB *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310; *Page v. Smith* [1996] A.C. 155; *White v. Chief Constable South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455. Im letzteren Fall (S. 500) bemerkte Lord Steyn, dass »das Recht auf Ersatz für rein psychiatrische Verletzung ein Flickwerk von schwer zu rechtfertigenden Unterscheidungen ist«, doch er zog den lahmen Schluss, die erforderliche radikale Reform liege jenseits der Möglichkeiten der Gerichte und müsse dem Gesetzgeber überlassen bleiben.

58 *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605, 618 per Lord Bridge und 628 per Lord Roskill.

59 Siehe zB *D. v. East Berkshire Community Health NHS Trust* [2005] United Kingdom House of Lords (U.K.H.L.) 23, [2005] 2 A.C. 373 [94] per Lord Nicholls, der eine weniger strenge Unterscheidung zwischen Fragen von Pflicht und Verletzung auf der Grundlage verweigerte, dass dies »geeignet wäre, zu einer ausgedehnten und überflüssigen Periode der Unsicherheit auf einem wichtigen Rechtsgebiet zu führen«.

60 Siehe unten Rz 5/139 f.

61 Siehe unten Rz 5/108 ff.

62 Unter der dritten Stufe der Annäherung an die Verhaltenspflicht gemäß *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

63 Siehe unten Rz 5/48. Vgl Basic Questions I Rz 1/22 f und 2/55 ff.

Aus einem breiteren Blickwinkel hat *Waddams*[64] einen heftigen Angriff gegen die Idee vorgetragen, dass man die Komplexität des amerikanischen Privatrechts erfolgreich in ein System mit streng durchgezogener Klassifikation einfangen könnte. Wie er feststellt, haben entscheidende Entwicklungen im Recht oft dann stattgefunden, wenn Grundgedanken kumulativ und in einer Weise wirksam wurden, dass ein Problem nicht einer einzigen dogmatischen Kategorie zugeordnet wurde. Die von Gelehrten wie *Waddams* kritisierte Tendenz zur Kategorisierung bleibt jedoch höchstwahrscheinlich die vorherrschende Methode der Gerichte. **5/30**

64 *S. Waddams,* Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning (Cambridge University Press, 2003) *[K. Oliphant* in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004) 113, Rz 63].

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Allgemeines

A. Der Grundgedanke

5/31 Ein Grundgedanke *Koziols* verlangt, das Schadenersatzrecht als Teil eines umfassenden Schutzsystems für »Rechtsgüter« (Rechte und rechtliche Interessen) zu sehen[65]. Die Elemente dieses Gesamtsystems haben Konsequenzen, die den Beklagten mehr oder weniger belasten, und sie müssen im Interesse innerer Konsistenz so geordnet werden, dass sich die Voraussetzungen für jede dieser Rechtsfolgen proportional zu den ausgelösten Folgen verhalten.

B. Anwendbarkeit des Grundgedankens auf englisches und Commonwealth-Recht

5/32 Meines Erachtens ist diese Grundidee unmittelbar einleuchtend und könnte ohne weiteres von Juristen in der Tradition des englischen und Commonwealth-Rechts akzeptiert werden. Man findet auch im geltenden Recht – zumindest annähernd – die Vorstellung, die *Koziol* vorschwebt, vielleicht deutlicher in den strengeren Haftungsvoraussetzungen des Strafrechts als im Privatrecht, und im höheren Beweislaststandard des ersteren (siehe unten Rz 5/52). Zugegebenermaßen würden etliche Aspekte von *Koziols* Darstellung einem Juristen des Common law fremd erscheinen (zB die Behandlung von einstweiligen Verfügungen gesondert von den Verpflichtungen, für die sie nach englischem Recht als Rechtsbehelfe betrachtet würden), doch ich meine nicht, dass damit der Grundgedanke entkräftet wird.

5/33 Es folgen kurze Anmerkungen über einige der speziellen Schutzmechanismen.

65 Basic Questions I Teil 2.

II. Herausgabeansprüche (Recovery of property)

A. Einleitende Bemerkungen

Für einen außenstehenden Betrachter mag es überraschend erscheinen, dass im englischen Recht das *tort law* das wichtigste Instrument für die Rückgabe von Eigentum darstellt, wenn der Besitz verloren gegangen ist, oder um andere davon auszuschließen. In der Vergangenheit – vor der Entwicklung des Liegenschaftsregisters (land register) – wirkte es auch als Instrument zur Eigentumsfeststellung. Diese Regelungen betreffen sowohl unbewegliche als auch bewegliche Sachen, und pari passu Rechte an der Person. **5/34**

B. Herausgabe von Liegenschaften (Recovery of land)

Ein Besitzer kann andere durch Berufung auf das Delikt *»trespass to land«* (unrechtmäßige Beeinträchtigung einer Liegenschaft) vom Betreten eines Grundstücks abhalten und einen verlorenen Besitz an diesem mittels der Klage auf Grundstücksrückgabe (action for recovery of land) zurückerlangen. Diese Klage ist die moderne Ausdrucksform für das Delikt Besitzvertreibung (tort of ejectment), die selbst eine Form der Haftung für rechtswidrige Beeinträchtigung (trespass) bildet. Der Anspruch kann auch als Besitzschutzanspruch in einem gestrafften Verfahren geltend gemacht werden[66]. Die Klage schützt sowohl Eigentum (title) oder dingliches Nutzungsrecht (estate in land) als auch Besitz an Liegenschaften. **5/35**

C. Herausgabe beweglicher Sachen (Recovery of chattels)

Im Common law wurden keine speziell sachenrechtlichen Rechtsbehelfe für die Herausgabe von Sachen entwickelt[67]. Schadenersatz war der einzige Behelf gegen Sachentziehung (conversion), eine rein persönliche Klage und ein Urteil, das dem Kläger nicht das Recht gab, gerichtliche Hilfe zur Besitzerlangung in Anspruch zu nehmen[68]. Der frühere »tort of detinue« (rechtswidrige Rückbehaltung einer fremden beweglichen Sache) war anders: »Eine erfolgreiche action in detinue (Klage wegen Rückbehaltung) resultierte in einem Urteil auf Herausgabe der beweglichen **5/36**

---

66 Civil Procedure Rules 1998, Teil 55.

67 *A. Kiralfy,* The Problem of a Law of Property in Goods (1949) 12 M.L.R. 424, 424.

68 *General & Finance Facilities Ltd. v. Cooks Cars (Romford) Ltd.* [1963] 1 W.L.R. 644, 649 f, per Diplock LJ; *M. Lunney,* Wrongful Interference with Goods, in: K. Oliphant (Hrsg), The Law of Tort² (2007) § 11–102.

Sache oder Zahlung ihres Schätzwerts plus Zahlung von Schadenersatz für die Entziehung. Dies ließ praktisch dem Beklagten die Wahl, ob er die Sache zurückgeben oder ihren Schätzwert zahlen wollte, und wenn der Kläger auf Naturalrestitution bestehen wollte, konnte er sich an den Court of Chancery wenden«[69]. Erst Art 78 des Common Law Procedure Act 1854 gab dem Gericht die Macht, die Herausgabe einer beweglichen Sache durch den Beklagten anzuordnen, ohne ihm die Option der Zahlung ihres Schätzwertes zu geben.

5/37 Der Rechtsbehelf, der früher nur für detinue zur Verfügung stand, wurde 1977 durch Gesetz auf unrechtmäßige Rückbehaltung (wrongful detention) aller Art ausgedehnt. Gleichzeitig wurde detinue als separates Delikt abgeschafft und im Effekt in ein erweitertes Recht der Sachentziehung (conversion) absorbiert. Wenn Sachen unter Umständen zurückbehalten worden sind, die eine rechtswidrige Einwirkung auf sie nach dem Torts (Interference with Goods) Act 1977 bilden, kann das Gericht nach seinem Ermessen eine Anordnung treffen, dass die Sachen vom Beklagten an den Kläger auszufolgen sind[70]. Das bedeutet, dass ein Ausfolgungsbeschluss dann zur Verfügung steht, wenn es sich um Deliktshaftung handelt (conversion). Diesbezüglich unterscheidet sich englisches Recht von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, wo der Herausgabeanspruch (vindicatio) unabhängig von Deliktshaftung besteht.

5/38 Wenn man zur Rückforderung beweglicher Sachen den Weg über das Deliktsrecht einschlägt, hat dies zur Folge, dass ein schuldloser Beklagter, der die Sachen in Händen gehalten hat, aber nicht mehr besitzt, dem Kläger für deren Wert ebenso wie für den Ersatz von Folgeschäden haftet. Das klassische Beispiel bildet *Fowler v. Hollins*[71]. Ein Gauner erlangte auf betrügerische Weise Baumwolle von Fowler. Hollins, der den Beruf eines Baumwollmaklers ausübte, kaufte die Baumwolle vom Gauner in der Annahme, dass einer seiner üblichen Kunden diese kaufen würde, und er verkaufte sodann die Baumwolle an diesen Kunden. Hollins erhielt nur eine Maklergbühr aus dem Verkauf. Obwohl Hollins keine Kenntnis des Betrugs hatte, wurde er für conversion haftbar gemacht. Er war beim Verkauf als Geschäftsherr aufgetreten und hatte die Baumwolle an seinen Kunden übertragen, eine Handlung, die zu den Rechten des Eigentümers in Widerspruch stand[72]. Die Härte dieser rechtlichen Regelung hat Gerichte dazu bewogen, die Haftung zu beschränken oder Ausnahmen vorzunehmen, um den schuldlosen Händler zu schützen. So ist zum Beispiel ein Auktionator, wenn er Waren zur Versteigerung annimmt und sie später unverkauft an denjenigen zurückgibt, der sie eingebracht

69 *General & Finance Facilities Ltd. v. Cooks Cars (Romford) Ltd.* [1963] 1 W.L.R. 644, 649 f, per Diplock LJ; *Lunney* in: Oliphant, The Law of Tort² § 11–102.
70 Sec. 3(2), (3)(a).
71 (1872) Law Reports (L.R.) 7 Queen's Bench (Q.B.) 616; affd (1875) L.R. 7 House of Lords (H.L.) 757.
72 *Lunney* in: Oliphant, The Law of Tort² § 11-6 ff.

hat, und dieser sich als Gauner entpuppt, nicht für conversion haftbar gegenüber der Person, die rechtlich Anspruch auf Besitz hat[73].

III. Einstweilige Verfügungen (Injunctions)[74]

Nach sec. 37(1) Senior Courts Act 1981 »kann der High Court durch Beschluss (als Zwischen- oder als Enderledigung) eine einstweilige Verfügung gewähren ... in allen Fällen, in denen dies dem Gericht als gerecht und zweckmäßig erscheint«[75]. Im Allgemeinen setzt die Ausübung dieser Befugnis die Existenz eines tatsächlichen oder potentiellen Anspruchs auf eine Sachentscheidung voraus, die im Zuständigkeitsbereich des Gerichts liegt[76], und nach moderner Auffassung ist die Befugnis des Gerichts auf diese und einige andere spezielle Kategorien beschränkt[77]. In *Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd.*[78] hat Sir *Nicholas Browne-Wilkinson* V-C den weitergehenden Rechtssatz aufgestellt, es gebe »eine generelle Befugnis, mittels einstweiliger Verfügung vorsätzliche Handlungen zu unterdrücken, die dem Kläger Schaden zugefügt haben oder darauf gezielt haben, ihm Schaden zuzufügen«. Doch dies widerspricht alten und bindenden Präjudizien, und wurde als unhaltbar erachtet[79]: »eine bloße Behauptung von Schaden wird nicht genügen. Nach unserem Recht muss sowohl eine Verletzung als auch ein Schaden tatsächlich vorliegen«[80]. **5/39**

Im Allgemeinen kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wann immer ein Delikt begangen worden ist[81], sofern die Gefahr seiner Fortsetzung oder Wiederholung gegeben ist, doch ist sie zu verweigern, wenn keine solche Befürchtung vorliegt[82]. Wenn die Begehung eines Delikts erwartet wird, diese jedoch noch **5/40**

73 *Marcq v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [2004] Q.B. 286.

74 Siehe allgemein *K. Oliphant,* Injunctions and Other Remedies, in: Oliphant, The Law of Tort.

75 Durch den County Courts Act 1984, sec. 38 (in der geänderten Fassung) haben County courts die gleichen Befugnisse erhalten.

76 *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A., The Siskina* [1979] A.C. 210, 254 per Lord Diplock.

77 *South Carolina Assurance Co. v. Assurance Maatschappij de Zeven Provincien N.V.* [1987] A.C. 24, 40 per Lord Brandon.

78 [1986] W.L.R. 1120, 1130.

79 *Associated Newspapers Group plc v. Insert Media Ltd.* [1988] 1 W.L.R. 509, 513 per Hoffmann J.

80 *Day v. Brownrigg* (1878) 10 Law Reports, Chancery Division (2nd Series) (Ch. D.) 294, 304 per Jessel MR.

81 Einstweilige Verfügungen stehen generell im Hinblick auf die Begehung eines Delikts zur Verfügung, doch ist ihre Anwendung bei einigen besonderen Typen deliktischer Haftung, einschließlich der Haftung für negligence (fahrlässige Schädigung), umstritten. Siehe *Oliphant* in: derselbe, The Law of Tort[2] § 8.6.

82 *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co. v. Beall* (1882) 20 Ch. D. 501; *Proctor v. Bayley* (1889) 42 Ch. D. 390.

nicht erfolgt ist, kann eine quia timet-Verfügung erlassen werden, um die Begehung zu verhindern[83]. Es ist jedoch zu beachten, dass einstweilige Verfügungen ein Ermessensbehelf sind und nicht von Rechts wegen schon deshalb zustehen, weil ein Delikt begangen worden oder zu befürchten ist[84]. Im Allgemeinen wird keine einstweilige Verfügung erlassen, wenn Schadenersatz einen ausreichenden Rechtsbehelf darstellt, oder wenn der Kläger sich mit dem Eingriff in seine Rechte durch den Beklagten abgefunden hat, oder übermäßig zögert, bevor er eine einstweilige Verfügung beantragt, oder wenn er selbst gegen Treu und Glauben verstößt (»dirty hands« hat)[85]. Wenn das Gericht feststellt, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung unangebracht ist, kann es entscheiden, an ihrer Stelle Schadenersatz zuzusprechen[86].

5/41 Einstweilige Verfügungen können in positiver oder in negativer Form ergehen: sie enthalten entweder eine Anordnung an den Beklagten, eine bestimmte Handlung vorzunehmen (mandatory injunction) oder verbieten ihm die Vornahme einer solchen (prohibitory injunction). Da eine mandatory injunction eine positive Verpflichtung auferlegt, und ihre Wirkung im Allgemeinen drastischer ist als die einer prohibitory injunction, sollen die Gerichte von dieser Befugnis »sparsamen und vorsichtigen Gebrauch machen«[87]. Sie ist an vier Voraussetzungen gebunden: der Kläger muss eine sehr starke Wahrscheinlichkeit dartun, dass ihn künftig schwerer Schaden treffen werde; dass im Fall des Schadenseintritts Schadenersatz keinen ausreichenden oder angemessenen Rechtsbehelf darstellen werde; der mögliche Schaden des Klägers muss gegen die Kosten abgewogen werden, die dem Beklagten für Vorkehrungen gegen sein Eintreten oder gegen die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens erwachsen; und der Inhalt der einstweiligen Verfügung muss so klar formuliert werden, dass der Beklagte genau weiß, was er zu tun hat[88].

IV. Selbsthilfe (Self-help)

5/42 Eine Person kann sich als Entschuldigung für Gewaltanwendung gegen die Person oder das Vermögen eines anderen auf Notwehr oder Notstand berufen. Ebenso darf ein Grundstückseigentümer oder rechtmäßiger Besitzer Gewalt anwenden,

83 *Hooper v. Rogers* [1975] Law Reports, Chancery Division (3rd Series) Ch. 43.
84 *Armstrong v. Sheppard & Short Ltd.* [1959] 2 Q.B. 384, 396 per Lord Evershed MR.
85 *Oliphant* in: derselbe, The Law of Tort² § 8.12 ff.
86 Senior Court Act 1981, sec. 50.
87 *Redland Bricks Ltd. v. Morris* [1970] A.C. 652, 665 per Lord Upjohn.
88 *Redland Bricks Ltd. v. Morris* [1970] A.C. 652, 665 f per Lord Upjohn.

um einen Eindringling (trespasser) zu vertreiben, voraussgesetzt, dass es sich dabei um eine angemessene Anwendung von Gewalt handelt[89]. Durch ein Gesetz aus 2003 ist jetzt allerdings ein leichterer Test anzuwenden, durch den geprüft wird, ob die Handlung grob unverhältnismäßig (grossly disproportionate) war, wenn der Beklagte nur deshalb gehandelt hat, weil er meinte, dies sei nötig, um Eigentum zurückzuerlangen[90]. Zusätzlich steht der Rechtsbehelf *»abatement«* (eigenmächtige Beseitigung einer Störung) zur Verfügung, wenn es sich um *nuisance* (Besitzstörung) oder *trespass by encroachment* (Beeinträchtigung durch Eindringen) handelt, zB durch Abschneiden überhängender Äste vom Baum des Nachbarn oder durch Betreten des Nachbargrundstücks, um das Problem an seiner Wurzel zu beseitigen, solange dies friedlich geschehen kann und ohne unverhältnismäßige Belastung. Normalerweise sollte der Beseitiger der Störung (abator) vorher ankündigen, dass er das Grundstück zu diesem Zweck betreten werde. Es gibt kein Recht auf eigenmächtige Beseitigung der Störung, wenn der Verletzte bereits erfolglos eine einstweilige Verfügung (mandatory injunction) zur Beseitigung des störenden Objekts begehrt hat. Da Opfer von nuisance oder trespass normalerweise das Recht nicht selbst in die Hand nehmen sollten, unterliegt das Recht auf abatement starken Einschränkungen und sollte auf einfache Fälle beschränkt sein, die aus Kostengründen die Beschreitung des Rechtsweges nicht rechtfertigen würden, und auf dringende Fälle, die nach sofortiger Abhilfe verlangen[91].

V. Ungerechtfertigte Bereicherung (Unjust enrichment)

Das Bereicherungsrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten in England und im Commonwealth rasch entwickelt, mit der Ausbildung allgemeiner Lehren über ungerechtfertigte Bereicherung anstelle einer bunten Ansammlung bestenfalls entfernt verwandter Rechtssätze, die unter den Kategorien Quasikontrakt oder Quasidelikt zusammengefasst wurden[92]. Es ist anerkannt, dass gelegentlich sogenannte *restitutionary damages* (Herausgabeansprüche) hinsichtlich der Begehung eines Delikts zur Verfügung stehen, obwohl sie im Allgemeinen kein Rechtsbehelf **5/43**

89 *Hemmings v. Stoke Poges Golf Club Ltd.* [1920] 1 Law Reports, King's Bench (K.B.) 720. Gesetzliche Beschränkungen gelten bezüglich Wohnobjekten.

90 Criminal Justice Act 2003, sec. 329.

91 *Oliphant* in: derselbe, The Law of Tort[2] § 8.62 ff.

92 Siehe insbesondere *C. Mitchell/P. Mitchell/S. Watterson,* Goff&Jones: The Law of Unjust Enrichment[8] (2011); *P. Birks,* An Introduction to the Law of Restitution (überarbeitete Aufl, 1989).

des Deliktsrechts sind. Es ist sogar strittig, ob sie *jemals* ein Rechtsbehelf für ein Delikt an sich sein können – im Gegensatz zu einer unrechtmäßigen Bereicherung, die gleichzeitig ein Delikt darstellt[93]. Jedenfalls ist klar, dass es eine ungerechtfertigte Bereicherung gibt, die kein Element deliktischen Verhaltens enthält – so ist zB der Empfänger einer irrtümlich erfolgten Zahlung prima facie verpflichtet, ihren Wert zurückzugeben, obwohl ihn kein Verschulden oder sonstige Verantwortung für den Empfang oder das Behalten trifft.

VI. Vertragsanfechtung (Avoidance of contracts)

5/44 Die Insolvenzgesetzgebung des Vereinigten Königreichs enthält spezielle Bestimmungen über die Anfechtung von Schulden. Gleichgültig ob ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist oder nicht, kann die Transaktion einer Person, die unter dem Wert vorgenommen wird (einschließlich einer Schenkung), angefochten werden, wenn sie zu dem Zweck erfolgt ist, Vermögenswerte dem Zugriff einer anderen Person zu entziehen, die einen Anspruch erhebt oder künfig gegen sie erheben könnte, oder auf andere Weise die Interessen einer solchen Person im Hinblick auf einen solchen Anspruch beeinträchtigt. In diesem Fall kann das Gericht jene Anordnung treffen, die es für geeignet hält, um die Position wieder herzustellen, die bestünde, wenn die Transaktion nicht vorgenommen worden wäre, und um die Interessen von Personen zu schützen, die Opfer der Transaktion geworden sind[94]. Es kann zB verlangen, dass Vermögen, das als Teil der Transaktion übertragen wurde, an eine bestimmte Person herausgegeben wird, entweder absolut oder zugunsten von Opfern der Transaktion, oder es kann im Hinblick auf Vorteile, die vom Beklagten erlangt worden sind, die Zahlung von bestimmten Beträgen an andere Personen anordnen[95]. Die Anordnung kann gegen jede Person gerichtet sein, darf jedoch kein Recht an einer Sache präjudizieren, die von einer anderen Person

93 Siehe allgemein *Law Commission,* Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (Law Com. Nr 247, 1997); *J. Edelman,* Gain-Based Damages (2002); *C. Rotherham,* The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs [2007] Cambridge Law Journal (C.L.J.) 172.

94 Insolvency Act 1986, sec. 423. Die Bestimmung hat im englischen Recht »einen langen Stammbaum«, sie geht auf den Fraudulent Conveyances Act 1571 zurück: *G. Miller,* Transactions Prejudicing Creditors [1998] Conveyancer and Property Lawyer (Conv.) 362, 363. Ihre Wurzeln liegen in der actio Pauliana des römischen Rechts: *A. Keay,* Transactions Defrauding Creditors: The Problem of Purpose under Section 423 of the Insolvency Act [2003] Conv. 272, 274. Bezüglich der gesonderten Befugnis, durch Unterbewertung begünstigende Geschäfte oder die Einräumung einer Bevorzugung im Zeitraum vor Eintritt der Insolvenz aufzuheben, siehe Insolvency Act 1986, secs. 288 und 289. In Bezug auf Personen, die gerichtlich für bankrott erklärt worden sind, siehe Insolvency Act 1986, sec. 284.

95 Insolvency Act 1986, secs. 424(2) und 425.

als dem Schuldner in gutem Glauben, gegen Entgelt und ohne Kenntnis der relevanten Umstände erworben worden ist[96]. Demzufolge kann eine Person, die vom Schuldner eine Sache erworben hat, von einer solchen Anordnung betroffen sein, selbst wenn sie gutgläubig war, Entgelt geleistet hat und keine Kenntnis von den relevanten Umständen hatte. Einer solchen Person kann also befohlen werden, die Sache aufzugeben, oder eine Zahlung zu leisten, selbst unter Umständen, in denen (zB mangels Verschuldens) keine Deliktshaftung entstünde.

VII. Schadenersatz

Schadenersatz (damages) ist der primäre Rechtsbehelf für Delikte (torts), Vertragsverletzungen (breaches of contract) und andere rechtswidrige Handlungen des Common law (Common law wrongs). Er kann folgende Formen annehmen: Schadensausgleich (compensatory damages); Herausgabe (restitutionary damages); Strafschadenersatz (exemplary or punitive damages); verschärfter Schadenersatz (aggravated damages); nomineller Schadenersatz (nominal damages); und contemptuous damages (symbolischer Schadenersatz). **5/45**

A. Schadensausgleich (Compensatory damages)

Ausgleich ist das Hauptziel von Schadenersatz in allen Common law Rechtsordnungen. Das Ziel wird gelegentlich mit dem lateinischen Fachausdruck *restitutio in integrum* bezeichnet. Der Grundsatz lautet, dass »der Ersatz jene Partei, die das Unrecht erlitten hat, so weit wie möglich in die Lage versetzen soll, in der sie sich befände, wenn sie das Unrecht nicht erlitten hätte«[97]. **5/46**

B. Herausgabe (Restitutionary damages)

Diese wird oben in Teil 5 (Rz 5/43) erörtert. **5/47**

96 Insolvency Act 1986, sec. 425(2).
97 *Lim v. Camden & Islington Area Health Authority* [1980] A.C. 174, 187 per Lord Scarman.

C. Strafschadenersatz (Exemplary [or punitive] damages)

5/48 Strafschadenersatz (punitive damages, meist als exemplary damages bezeichnet) ist im englischen Recht anerkannt, doch im Common law auf zwei feststehende Kategorien beschränkt: repressives, willkürliches oder verfassungswidriges Verhalten von Beamten, und rechtswidriges Verhalten durch einen Beklagten, das von diesem geplant wurde, um Gewinn zu erzielen, der geeignet ist, den an den Kläger zu zahlenden Schadenersatz zu übersteigen[98]. Es bleibt unklar, ob Strafschadenersatz bei allen Delikten oder nur bei bestimmten Klagen erlangt werden kann[99]. In einigen Rechtsordnungen des Commonwealth wird ein umfassenderes Recht auf Strafschadenersatz anerkannt.

D. Verschärfter Schadenersatz (Aggravated damages)

5/49 Verschärfter Schadenersatz verfolgt einen Ausgleichszweck, ersetzt jedoch solchen immateriellen Schaden, der nicht in die normalen Kategorien des immateriellen Schadens fällt[100], die deliktischer Schadenszufügung zugeordnet werden (zB psychische Störungen als Folge feindseligen Kreuzverhörs vor Gericht). Man hat festgestellt, dass die Unterscheidung zwischen gewöhnlichem und verschärftem Schadenersatz nötig erscheint, da das Recht auf Ersatz für immaterielle Folgen wie Erniedrigung, Verletzung von Stolz und Würde, wie auch von Schmerz, der durch schikanöses, boshaftes, beleidigendes oder arrogantes Verhalten des Beklagten verursacht wurde, nur bei einigen Klagen, nicht aber bei anderen zusteht[101]. Verschärfter Schadenersatz trägt jedoch einige Züge, die ihn als Strafschadenersatz erscheinen lassen, da er üblicherweise voraussetzt, dass der Beklagte eines außergewöhnlichen Fehlverhaltens schuldig ist. 1997 hat die Law Commission eine gesetzliche Regelung zur Klarstellung des Zwecks von verschärftem Schadenersatz vorgeschlagen[102], doch die Regierung hat gemeint, es sei nunmehr so klar, dass der Zweck von verschärftem Schadenersatz kompensatorischen und nicht Strafcharakter trage, dass eine gesetzliche Definition entbehrlich sei[103].

---

98 *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129. Siehe des weiteren *V. Wilcox,* Punitive Damages in England, in: H. Koziol/V. Wilcox (Hrsg), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009).

99 Siehe *K. Oliphant,* England, in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002) Rz 45, mit einer Erörterung von *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* [2001] U.K.H.L. 29, [2002] 2 A.C. 122.

100 Siehe Rz 5/76 ff.

101 *Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police* [2006] Court of Appeal (Civil Division) (E.W.C.A. Civ.) 1773, [2007] 1 W.L.R. 1065 [27].

102 Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (Law Com. Nr 247, 1997).

103 Department of Constitutional Affairs, The Law of Damages (CP 9/07, 2007) para 205. Zum verschärften Schadenersatz im englischen Recht allgemein siehe *A.J. Sebok/V. Wilcox,* Aggravated

E. Nomineller Schadenersatz (Nominal damages)

Die Zuerkennung von nominellem Schadenersatz bedeutet, dass die Rechte des Klägers durch deliktisches Verhalten des Beklagten verletzt worden sind, jedoch der Kläger dadurch keinen Schaden erlitten hat. Sie haben praktische Bedeutung in Bereichen des Deliktsrechts, wo einzelne Delikte *per se* klagbar sind. Obwohl erfolgreiche Kläger nicht mehr als einige Pfund zugesprochen bekommen, werden sie normalerweise auch Kosten erhalten, selbst wenn sie zB im gleichzeitigen Versuch, eine einstweilige Verfügung zu erlangen, erfolglos bleiben. Zusätzlich erfüllt das Urteil die wichtige Funktion, die Rechte des Klägers festzustellen. Es gibt keine besondere Kategorie von vindicatory damages (Schadenersatz durch bloße Feststellung des Fehlverhaltens). Wenngleich die Zuerkennung eines beträchtlichen Strafbetrages in Fällen schwerwiegender Verletzung von Rechten des Klägers durch einige Entscheidungen befürwortet worden ist[104], wurde dies 2011 vom Supreme Court[105] mit Zustimmung der Mehrheit der Rechtsgelehrten umfassend abgelehnt[106]. **5/50**

F. Symbolischer Schadenersatz (Contemptuous damages)

Wenn ein Gericht sein Missfallen über das Verhalten eines Klägers ausdrücken will, der auf Grund einer bloßen rechtlichen Spitzfindigkeit den Prozess gewonnen hat, kann es den Schadenersatz mit einer symbolischen Summe (zB einem Pfund) bemessen. In der Praxis sind solche Beträge auf Prozesse wegen übler Nachrede (defamation) beschränkt, und sie sind oft mit einer Kostenentscheidung gegen den Kläger verbunden, unbeschadet der allgemeinen Regel, wonach der Unterlegene die Kosten trägt[107]. **5/51**

VIII. Strafrechtliche Haftung (Criminal liability)

Strafrechtliche Haftung unterwirft den Täter Strafsanktionen, die den Verlust der Freiheit einschließen können. Ihre Verhängung kann Ermessenssache oder zwin- **5/52**

Damages, in: H. Koziol/V. Wilcox (Hrsg), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009) 257 ff.

104 *Ashley v. Chief Constable of Sussex Police* [2008] 1 A.C. 962 [22]–[23] und [29] per Lord Scott.

105 *R (on the application of Lumba) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] United Kingdom Supreme Court (U.K.S.C.) 12, [2012] 1 A.C. 245.

106 Siehe *V. Wilcox,* Vindicatory Damages: The Farewell (2012) 3 Journal of European Tort Law (JETL) 390, mit weiteren Nachweisen.

107 *Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd.* [2002] 1 W.L.R. 3024.

gend vorgeschrieben sein. Da diese Rechtsfolgen – und das Stigma einer strafrechtlichen Verurteilung – gewichtiger sind als jene, die aus zivilrechtlicher Haftung resultieren, sind die Voraussetzungen für ihre Verhängung im Allgemeinen strenger. Für die meisten Delikte gegen die Person sowie für strafrechtlich relevanten Schaden muss der Ankläger *mens rea* nachweisen, dh Vorsatz (intention) oder Rücksichtslosigkeit (recklessness) hinsichtlich des speziellen Ergebnisses. Recklessness wird so verstanden, dass ein Risiko bewusst in Kauf genommen wird, also ein qualitativer Unterschied zur Fahrlässigkeit (negligence) vorliegt, nicht bloß ein gradueller. Negligence genügt im Allgemeinen nicht für die Auferlegung strafrechtlicher Haftung, und selbst grobe Fahrlässigkeit (gross negligence) genügt nur bei bestimmten Delikten (von denen eines manslaughter, fahrlässige Tötung ist). Das Beweismaß ist im Strafprozess höher als im Zivilprozess: über jeden vernünftigen Zweifel erhaben (beyond reasonable doubt) statt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (on the balance of probabilities).

IX. Andere Instrumente

5/53 Die Themen Versicherung, Soziale Sicherung oder besondere Entschädigungsfonds werden in diesem Kapitel an anderer Stelle behandelt. Diese Ausführungen müssen hier nicht wiederholt werden.

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

I. Einleitende Bemerkungen

Schadenersatzrecht (tort law) enthält das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit: wer einem anderen unrechtmäßig Schaden zufügt, soll diese Ungerechtigkeit durch die Leistung von Ersatz ausgleichen[108]. *Weinrib,* Verfasser einer besonders einflussreichen Abhandlung zum Schadenersatzrecht, führt in dieser Richtung weiter aus: »Das herausragende Merkmal des Privatrechts ist der Umstand, dass es zwei bestimmte Parteien durch das Phänomen Haftung direkt verbindet. Sowohl formelles als auch materielles Recht bringen diese Verbindung zum Ausdruck. Im Zivilprozess verfolgt der Kläger einen Haftungsanspruch gegen einen bestimmten Beklagten. Im materiellen Recht zeigen Voraussetzungen wie die Verursachung eines Schadens, dass der Anspruch des Klägers von einem Unrecht abhängt, das ihm der Beklagte zugefügt hat. Indem es die zwei Parteien herausgreift und in dieser Weise zusammenführt, betrachtet das Privatrecht weder die Streitparteien als Individuen noch die Gemeinschaft als Ganzes, sondern eine zweipolige Haftungsbeziehung«[109]. **5/54**

Weinrib meint, »nur wenn Kläger und Beklagter in einer einzigen kohärenten Rechtfertigungsstruktur verbunden sind, kann man den Vorgang verstehen, Ressourcen direkt vom unterlegenen Beklagten an den siegreichen Kläger zu transferieren«[110]. Folglich kann Schadenersatzrecht nur dann eine rationale Funktion erfüllen, wenn es sich aller Versuche enthält, gesellschaftliche Ziele zu erreichen, und Schadenersatzrechtler sollten Bestrebungen aufgeben, Schadenersatzrecht im Licht solcher externen (dh gesellschaftlicher statt rechtlicher) Ziele zu bewerten. Sie sollten eher ein »inneres« Verständnis des Rechts im Sinne einer ausgleichenden Gerechtigkeit anstreben. Genauer gesagt: Schadenersatzrecht riskiert Inkohärenz, wenn es »öffentliche« Ziele zu verfolgen sucht, etwa die »effiziente« Abschreckung von Unfällen oder die Einrichtung von Unfallfürsorge. Denn solche Ziele sind inkompatibel mit der Natur eines bilateralen Parteienverfahrens. **5/55**

Selbst wenn sie *Weinribs* Ausgangsposition akzeptieren wollten, würden die meisten Gerichte und Kommentatoren seinem abschließenden Ergebnis und seiner Enthaltsamkeit gegenüber Zielen, Aufgaben, Funktionen usw des Schaden- **5/56**

108 Ein neuerer Versuch, das englische law of negligence in einer Perspektive der ausgleichenden Gerechtigkeit zu analysieren, findet sich in *Beever,* Rediscovering the Law of Negligence.
109 *E. Weinrib,* The Idea of Private Law (1995) 1.
110 Ebendort 2.

ersatzrechts die Gefolgschaft verweigern. Vielmehr sind eine größere Zahl von Zielen identifiziert worden[111], einschließlich der Feststellung von Rechten[112], der Verurteilung der Unrechtstat des Beklagten, der Erziehung der Allgemeinheit bezüglich angemessener Verhaltensmaßstäbe, und die friedliche Beilegung von Streigkeiten, die aus zufälliger Schadenszufügung entstehen (»appeasement«)[113]. Die zwei am häufigsten genannten Zwecke des Deliktsrechts sind jedoch Schadenersatz und Abschreckung.

II. Ausgleich (Compensation)

5/57 »Ausgleich« wird häufig als Ziel des Schadenersatzrechts angeführt, doch dabei gibt es eine Abweichung zwischen zwei unterschiedlichen Auffassungen: erstens, dass Deliktsrecht nach seiner Fähigkeit beurteilt werden sollte, Ausgleich für alle Schäden zu leisten, und zweitens, dass Deliktsrecht Ausgleich als Teil eines Systems ausgleichender Gerechtigkeit anstrebt. Der erste Anspruch ist normativer Natur und offensichtlich unrealistisch: man kann nicht erwarten, dass Deliktsrecht alle Schäden ersetzt, und selbst wenn es dies könnte, dann wären die Kosten bei weitem zu hoch. Der zweite Anspruch ist mehr deskriptiver Art: Indem es den Schaden ersetzt, den A dem B unter Umständen zufügt, in denen A fairerweise dafür haften soll, korrigiert das Deliktsrecht einen Zustand, der sonst ungerecht wäre. Heutzutage wird Schadenersatz zumeist in dieser Perspektive gesehen, die offensichtlich die entscheidende Frage offenlässt, wann und für welche Schäden eine Person nach Deliktsrecht fairerweise einer anderen haften soll.

III. Abschreckung (Deterrence)

5/58 Die Abschreckungsfunktion des Deliktsrechts soll in England erstmals von *Jeremy Bentham* (1748–1832) vorgeschlagen worden sein[114], sie hat jedoch eine besondere Betonung in den Arbeiten amerikanischer Gelehrter gefunden, die das Deliktsrecht einer wirtschaftlichen Analyse unterziehen und wirtschaftliche Effizienz als oberstes Ziel setzen. Obwohl zahlreiche bedeutsame Erkenntnisse der wirtschaft-

111 Siehe allgemein *G. Williams,* The Aims of the Law of Tort [1951] Current Legal Problems (C.L.P.) 137.
112 *R. Stevens,* Torts and Rights (2007).
113 *Williams* [1951] C.L.P. 137, 138 (mit der Bemerkung, dass diese Funktion im modernen Recht nur eine untergeordnete Rolle spielt).
114 *Williams* [1951] C.L.P. 137, 144.

lichen Betrachtungsweise des Rechts bereits in den Urteilen und wissenschaftlichen Veröffentlichungen *Baron Bramwells* im späten 19. Jahrhundert vorweggenommen worden sind[115], hat die moderne law and economics-Richtung unter Schadenersatzrechtlern in England oder in anderen Teilen des Commonwealth nur geringen Einfluss gewonnen. Abschreckung wird überwiegend als nützliche Nebenwirkung privater Haftung gesehen, und nicht als ihr vorrangiges Ziel.

IV. Bestrafung (Punishment)

In historischer Perspektive ist der Strafgedanke dem tort law gewiss nicht fremd. **5/59** Nach Sir *Henry Maine* zB ist »das Deliktsrecht antiker Gesellschaften kein Recht der Verbrechen (crimes), sondern ein Recht der (privaten) Unrechtstaten (wrongs), oder – um den englischen Fachausdruck zu gebrauchen – ein Recht der torts«[116]. Allerdings, obwohl in England und in einigen Commonwealth-Rechtsordnungen unter bestimmten Umständen Strafschadenersatz (»punitive« oder »exemplary« damages) zugesprochen werden kann[117], wird Bestrafung an sich heutzutage nicht als Funktion des tort law betrachtet.

V. Gemischte Zielsetzungen (Mixed accounts)

Die meisten Schadenersatzrechtler Englands und des Commonwealth würden **5/60** wahrscheinlich sagen, dass tort law eine Mischung verschiedener Ziele verfolge[118], doch dass es notwendig sei, ihm sowohl aus Gründen der Fairness gegenüber den Parteien als auch der administrativen Effizienz Beschränkungen aufzuerlegen. Eine besonders bemerkenswerte Darstellung dieses Aspekts wurde von *Tony Honoré* vorgelegt[119]. Nach seiner Auffassung ist es ein Fehler, für das Gesamtsystem eine einzige Rechtfertigung zu suchen (zB Ausgleich oder Abschreckung), oder

115 Siehe *K. Oliphant, Rylands v Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability in the Common Law, in: H. Koziol/B. C. Steininger, European Tort Law 2004 (2005) 81, Rz 47 ff.

116 Ancient Law (1861) 328 »the penal law of ancient communities is not the law of crimes; it is the law of wrongs, or, to use the English technical word, of torts« (»das Strafrecht antiker Gemeinschaften ist nicht ein Recht der Verbrechen, sondern ein Recht der Privatdelikte, oder, um den englischen technischen Ausdruck zu gebrauchen, ein law of torts«).

117 Siehe oben Rz 5/48.

118 Vgl die Theorie der »Komplementarität«, die auf das Deliktsrecht von *I. Englard* in: D. G. Owen (Hrsg), The Philosophical Foundations of Tort Law (1997) angewendet wird.

119 *T. Honoré,* The Morality of Tort Law: Questions and Answers, in: derselbe, Responsibility and Fault (1999).

auch ein gemischtes Gesamtziel für das System ins Auge zu fassen (zB eine Mischung von Kompensation, Abschreckung und ausgleichender Gerechtigkeit). Das würde bedeuten, Fragen zu vermengen, die auseinandergehalten werden müssen. Für den vorliegenden Zweck genügt es, drei von diesen hervorzuheben: (a) welche allgemeinen Ziele rechtfertigen die Aufrechterhaltung eines Deliktsrechts durch den Staat? (b) welche Rechtfertigung gibt es dafür, dass die Person, deren Rechte verletzt worden sind, vom Unrechtstäter Kompensation verlangt? und (c) unter welchen Voraussetzungen kann jemand, der durch sein Verhalten Rechte anderer verletzt hat, gezwungen werden, Kompensation zu leisten?

A. Allgemeine Rechtfertigungsgründe (General justifying aims)

5/61 Nach *Honorés* Darstellung bestehen die allgemeinen Ziele, durch die das Deliktsrecht gerechtfertigt werden kann, darin, die Häufigkeit unerwünschten Verhaltens zu reduzieren, indem dieses als rechtswidrig gekennzeichnet wird (obzwar in einer weniger stigmatisierenden Weise als im Strafrecht), es zu untersagen, oder zumindest jene, die sich rechtswidrig verhalten, zu warnen, dass sie eine Haftung treffen könnte. Insofern kann Deliktsrecht als Mittel gesellschaftlicher Kontrolle betrachtet werden. Doch durch die Schaffung von Delikten anstelle von Verbrechen definiert die Rechtsordnung gleichzeitig Rechte von Personen und erfüllt diese mit Inhalt, indem sie ihnen einen Schutzmechanismus zur Verfügung stellt und Ersatz gewährt, wenn ihre Rechte verletzt werden.

B. Rechtfertigung für Verteilung von Deliktshaftung (Justifying the distribution of tortious liability)

5/62 In Verfolgung dieser allgemeinen Ziele sollte die Rechtsordnung allerdings auch Prinzipien entwickeln, welche die »Verteilung« deliktischer Haftung regeln. *Honoré* betont ausgleichende Gerechtigkeit (das Unrecht des Täters muss das Recht des Opfers verletzen); seine eigene Theorie der »Verantwortung für das Resultat« (»outcome responsibility«[120], die annimmt, dass der Beklagte voll handlungsfähig und daher in der Lage ist, sein Verhalten zu kontrollieren); und verteilende Gerechtigkeit (einschließlich einer gerechten Risikoverteilung, sowie Zuteilung von Lasten im Verhältnis zu Vorteilen).

120 Siehe unten Rz 5/129.

C. Voraussetzungen der Deliktshaftung (Conditions for the imposition of tortious liability)

Doch selbst die Gerechtigkeitsprinzipien, die eine prima facie Verteilung von Schadenshaftung vorschreiben, müssen modifiziert werden, denn unbeschränkt angewandt können sie auch Ungerechtigkeit bewirken. Aus diesem Grund schlägt *Honoré* vor, dass ihre Anwendung im Hinblick auf retributive Gerechtigkeit beschränkt werden solle: der Beklagte solle nicht zahlen müssen, wenn er sich nicht entschlossen hat, etwas zu tun, das die Rechtsordnung verbietet, oder sonst aus Verschulden gehandelt hat, außer es steht eine Versicherung zur Verfügung, um seine Last zu mindern, und jede Haftung, die auferlegt wird, soll im Verhältnis zur Schwere seines Verhaltens stehen. Der allgemeine Ausschluss von Haftung für unvorhersehbare Folgen ist ein Mechanismus, durch den die Rechtsordnung annähernd Verhältnismäßigkeit von Verhalten und Haftung herstellen kann, obgleich die dadurch bewirkte Haftungsbeschränkung einigermaßen willkürlich ausfallen kann. **5/63**

▷

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Obligationsverletzung

I. Einleitende Bemerkungen

5/64 Es ist sicher richtig, dass es ziviles Unrecht gibt, das man nicht ausschließlich dem Deliktsrecht (im Gegensatz zu einer anderen Kategorie von Obligation) zuweisen kann. Ein Beispiel bietet das »law of bailment«. Im Common law trifft den »bailee« (Verwahrer) beweglicher Sachen eine Pflicht, diese sorgfältig zu verwahren und keine »conversion« (Entziehung) vorzunehmen. Insofern entsteht eine Haftung parallel zu jener aus Delikt. Doch einige Verpflichtungen des bailee können nicht als deliktischer oder vertraglicher Natur eingeordnet werden, zB die strikte Verpflichtung, Verlust oder Beschädigung zu ersetzen, die durch Verletzung der Bestimmungen des bailment (Verwahrung) eingetreten sind und die selbst für einen unentgeltlichen bailee gelten (mit dem mangels consideration kein Vertrag zustande gekommen ist)[121]. Diese Haftung wird am besten als sui generis verstanden. Ansprüche gegen einen Beauftragten aus Vollmachtsüberschreitung (breach of warranty of authority) können auch in diese Kategorie fallen, ebenso wie Ansprüche wegen irreführender Darstellung (misrepresentation). Die Verpflichtungen von Transportunternehmern und Gastwirten sollten gleichfalls in diesem Zusammenhang erwähnt werden.

II. Delikt, Vertragsverletzung und der Zwischenbereich (Tort, breach of contract and the intermediate area)

5/65 Besonderes Augenmerk ist dem Zwischenbereich zwischen Delikt (tort) und Vertrag (contract) – von einem Kommentator scherzhaft »contort« genannt[122] – zugewandt worden. In *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*[123] ist das House of Lords vom langjährigen generellen Ausschluss außervertraglicher Haftung für

121 *Mitchell v. Ealing London Borough Council* [1979] Q.B. 1, [1978] 2 All England Law Reports (All E.R.) 779.
122 *S. Hedley,* Negligence – Pure Economic Loss – Goodbye Privity, Hello Contorts [1995] C.L.J. 27.
123 [1964] A.C. 465.

reinen Vermögensschaden abgewichen und hat prinzipiell anerkannt, dass Haftung entstehen könnte, wenn eine Partei freiwillig Verantwortung gegenüber einer anderen im Rahmen einer besonderen Beziehung übernimmt, die »einem Vertragsverhältnis entspricht«. Das neue Haftungsprinzip wurde als Prinzip des Deliktsrechts verstanden, doch erkannte man, dass es sich vom Deliktsrecht, so wie dieses üblicherweise verstanden wurde, unterschied. Unterscheidungsmerkmale waren, dass es auf einer Verpflichtung beruhte, die vom Beklagten freiwillig übernommen und nicht – so wie Deliktsobligationenen im Allgemeinen – von der Rechtsordnung auferlegt wurde; dass es eine vorangehende Beziehung zwischen den Parteien verlangt; und natürlich dass der erlittene Verlust ein reiner Vermögensschaden ist, der im Allgemeinen dem Vertragsrecht und nicht dem Deliktsrecht angehört. Obwohl diese Entwicklung überwiegend Zustimmung gefunden hat, wird auch erkannt, dass sie das Potential eines »Kurzschlusses« der normalen Voraussetzungen in sich trägt, die zur Durchsetzung vertraglicher Ansprüche gefordert werden, zB indem der Kläger von einem unentgeltlichen Versprechen (gratuitous undertaking) profitieren soll[124], oder von einer vertraglichen Verpflichtung, die in einem Vertrag enthalten ist, bei dem der Kläger nicht Partei ist und den er nicht direkt durchsetzen kann[125]. Daher ist die Weiterentwicklung von *Hedley Byrne* sehr vorsichtig verlaufen, insbesondere in England.

124 Im englischen Recht ist eine unentgeltlich übernommene Verpflichtung ex definitione kein Vertrag, da ihr keine Gegenleistung (consideration) als quid pro quo gegenübersteht.
125 Vgl Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Schaden

5/66 Das englische tort law kennt keinen allgemeinen Begriff von »Schaden«, es existieren nur wenige akademische Erörterungen des Themas, doch Schaden spielt eine wichtige Rolle in den meisten vom englischen Recht anerkannten torts. Da im Common law nach einer Schätzung 70 oder mehr torts anerkannt werden[126], könnte man sagen, dass es in der Tat im englischen Recht 70 oder mehr Schadensbegriffe gibt. Das übertreibt vielleicht ein wenig, doch es zeigt die Schwierigkeit, mit der ein englischer Jurist auf diesem Gebiet konfrontiert ist. Es ist keineswegs gesichert, dass etwas, das beim Delikt A als Schaden betrachtet wird, auch beim Delikt B als Schaden gilt.

5/67 Jede Erörterung von Schaden nach englischem Recht muss bei zwei grundlegenden Klagetypen (forms of action) ansetzen, die in einem writ-System anerkannt waren, das bis 1875 in Geltung stand, nämlich »trespass« (unrechtmäßige Beeinträchtigung einer Person oder Sache) und »action on the case« (oder einfach case)[127]. Der größte Teil des modernen englischen tort law kann direkt auf diese beiden Klagen zurückgeführt werden. Für den Zweck der vorliegenden Darstellung kann als Hauptunterscheidung zwischen den beiden Klagen festgehalten werden, dass trespass klagbar war, wenn ein bestimmter Eingriff (betreffend eine Person, eine bewegliche Sache oder eine Liegenschaft) bewiesen wurde, selbst wenn der Kläger keinen Schaden erlitt, während für case Schaden die wesentliche Klagevoraussetzung war. Die drei unter dem writ-System anerkannten Formen von trespass – trespass to the person (unrechtmäßige Beeinträchtigung einer Person, unterteilt in assault/Bedrohung, battery/tätlicher Angriff und false imprisonment/Freiheitsberaubung), trespass to goods (Eingriff in bewegliche Sachen), und trespass to land (Eingriff in Liegenschaften) – existieren noch im modernen englischen tort law. Die Klage wegen case ist hingegen in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr existent, doch eine große Zahl moderner Klagen können als ihre Abkömmlinge erkannt werden und folgen ihr, indem sie den Beweis von Schaden fordern. Der weitaus wichtigste dieser Abkömmlinge, sowohl praktisch als auch begrifflich, ist das Delikt »negligence« (fahrlässige Schädigung). Bei diesem spielt

---

126 *B. Rudden,* Torticles (1991–1992) 6/7 Tulane Civil Law Forum (Tul. Civ. L.F.) 105.

127 Für eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung siehe *J. H. Baker,* An Introduction to English Legal History (2005).

der Schaden eine zentrale, wenngleich oft verborgene Rolle bei der Frage, ob der Beklagte als Voraussetzung seiner Haftung gegenüber dem Kläger eine Sorgfaltspflicht hatte. Dabei wird der Art des Schadens, den der Kläger erlitt, besondere Bedeutung zugemessen (zB ob es sich um körperlichen Schaden oder reinen Vermögensschaden oder um psychische Verletzung handelt). Solche Klassifizierungen betreffen allerdings mehr die Frage des Haftungsumfangs als die Frage des Schadens an sich und sollen deshalb ausführlicher unter Rz 5/141 ff erörtert werden.

A. Delikte, die als solche klagbar sind (Torts actionable per se)

Bei bestimmten Delikten kann eine Klage auch ohne Nachweis eines tatsächlichen Schadens oder Verlusts entstehen[128], und in solchen Fällen stellt die verbotene Verletzung der Sphäre des Klägers selbst das Delikt dar. Nomineller Schadenersatz (nominal damages) kann erlangt, und in entsprechenden Fällen eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Doch wenn Schadenersatz für einen bestimmten Verlust gefordert wird, muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Delikt und dem behaupteten Verlust gezeigt werden. **5/68**

B. Schadenstypen. Eine Hierarchie geschützter Interessen (Different types of damage. A hierarchy of protected interests)

Allgemein kann gesagt werden, dass das Common law einzelnen Typen von Schäden mehr oder weniger Gewicht gibt, je nach einer implizierten Hierarchie geschützter Interessen. Person und Eigentum genießen den stärksten Schutz. Persönlichkeit (mit Ausnahme des Rufes) und reine Vermögensinteressen erhalten geringeren Schutz. So gibt es kein allgemeines Delikt der Verletzung der Privatsphäre[129], obwohl besondere Delikte einzelne Aspekte des Rechtes schützen (zB informationelle Selbstbestimmung/informational privacy)[130]. **5/69**

Für einige ist diese Hierarchie der Werte selbstverständlich, doch es hat auch interessante Versuche einer Erklärung einiger ihrer Aspekte gegeben. So hat *Witting* zu erklären versucht, warum beim Delikt »negligence« (fahrlässige Schädigung) **5/70**

128 So sind zB trespass to the person, trespass to goods and trespass to land (unrechtmäßige Eingriffe bezüglich Personen oder Sachen) sowie libel and slander (üble Nachrede) per se klagbar. Vgl *Watkins v. Secretary of State for the Home Department* [2006] U.K.H.L. 17, [2006] 2 A.C. 395, wo entschieden wird, dass Schaden ein Element des Delikts Amtsmissbrauch darstellt, und dass Haftung nicht aus der bloßen Verletzung eines verfassungsmäßig gewährleisteten Rechts an sich entsteht.

129 *Wainwright v. Home Office* [2003] U.K.H.L. 53, [2004] 2 A.C. 406.

130 Siehe *Campbell v. MGN Ltd.* [2004] U.K.H.L. 22, [2004] 2 A.C. 457.

Ersatz für reine Vermögensschäden nicht erlangt werden kann, während man mit Sachbeschädigung verbundene Verluste sehr wohl ersetzt bekommt[131]. Zu diesem Zweck entwickelt er eine sogenannte »Persönlichkeitsthese« (»personality thesis«): »während die Persönlichkeit eines Individuums zum Teil durch das Eigentum gebildet wird, das er oder sie besitzt, so dass Sacheigentum für die Art, in der sich Individuen darstellen und definieren, wesentlich erscheint, so kann keine solche Behauptung aufgestellt werden hinsichtlich bloß abstrakter Vermögenswerte[132]«. Nach Meinung des Autors kann diese Überlegung die rechtliche Unterscheidung zwischen Sachbeschädigung und reinem Vermögensschaden besser rechtfertigen als andere Erklärungen, die vorgebracht worden sind, zB dass reiner Vermögensschaden schwer zu beweisen oder seiner Natur nach eher unbestimmt ist. Sie bewirkt allerdings nicht, dass reiner Vermögensschaden beim Delikt »negligence« nie erlangbar sein soll.

C. Schaden bei einzelnen Delikten (Damage in specific torts)

1. Störung der öffentlichen Ordnung (Public nuisance)

5/71 Public nuisance (Störung der öffentlichen Ordnung) wird definiert als »rechtlich unzulässige Handlung oder Unterlassung der Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, wodurch die Öffentlichkeit behindert oder belästigt wird oder ihr Schaden zugefügt wird in der Ausübung von Rechten, die allen Untertanen Ihrer Majestät zukommen[133]«. Normalerweise nur ein strafrechtliches Vergehen, kann Störung der öffentlichen Ordnung auch privatrechtliche Haftung auslösen, wenn sie dem Kläger »besonderen Schaden« (»special damage«) zufügt, womit Schaden gemeint ist, der sich in der Art – und nicht nur in der Höhe – von jenem unterscheidet, der von Personen allgemein erlitten wird.

2. Besitzstörung (Private nuisance)

5/72 Private nuisance (Besitzstörung) ist die unzumutbare Beeinträchtigung von Gebrauch oder Nutzung eines Grundstücks durch den Kläger. Als Delikt bezüglich Liegenschaften (»tort to land«), im Gegensatz zu Delikten mit allgemeinem Adressatenkreis (tort of general application), steht das Klagerecht nur einem an der Liegenschaft dinglich Berechtigten zu[134]. Es ist jedoch nicht erforderlich zu zeigen,

131 *C. Witting,* Distinguishing between Property Damage and Pure Economic Loss in Negligence: A Personality Thesis (2001) 21 L.S. 481.

132 Ebendort 481.

133 *J. Stephen,* A Digest of the Criminal Law (1877) 108, gebilligt von Lord Bingham in *R. v. Rimmington* [2006] 1 A.C. 459 [36].

134 *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* [1997] A.C. 655.

dass der Kläger gegenständlichen Schaden erlitten hat: Beeinträchtigung seines Komfortinteresses (amenity interests) genügt. Die Beeinträchtigung muss allerdings erheblich sein[135]. Das bloße Eindringen von Substanzen vom Grundstück des Beklagten auf das des Klägers ist ebenso klagbar, gleichfalls auch ohne resultierenden gegenständlichen Schaden, obwohl in diesem Fall der Kläger auf nominellen Schadenersatz beschränkt werden kann. In diesem Fall wäre ein guter Grund für die Geltendmachung des Anspruchs die Erlangung einer einstweiligen Verfügung, obwohl beachtet werden sollte, dass Ersatz künftiger Schäden anstelle einer einstweiligen Verfügung zugesprochen werden kann, wenn der Schaden des Klägers gering ist, in Geld geschätzt werden und durch einen geringen Geldbetrag gutgemacht werden kann, sowie durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung für den Beklagten eine unzumutbare Belastung entstünde[136].

3. Üble Nachrede (Defamation – libel and slander)

Üble Nachrede (defamation) wurde immer als eingermaßen besonderer deliktischer Haftungsgrund verstanden, und er enthält eine ziemlich eigenartige Unterscheidung zwischen »libel« (üble Nachrede in dauerhafter Form), hinsichtlich derer Schaden präsumiert wird, und »slander« (üble Nachrede in vergänglicher Form), bezüglich derer im Allgemeinen ein »spezieller Schaden« bewiesen werden muss. Allerdings wird im Defamation Act 1952, sec. 3 vorgesehen, dass kein besonderer Schaden in folgenden Fällen behauptet werden muss: (a) wenn die Worte, auf die sich die Klage gründet, darauf abgezielt haben, dem Kläger materiellen Schaden zuzufügen, und schriftlich oder in anderer dauerhafter Form veröffentlicht worden sind; oder (b) wenn diese Worte darauf abgezielt haben, dem Kläger bezüglich eines von ihm zur Zeit der Publikation innegehabten oder ausgeübten Amtes, Berufes, Handwerks oder Geschäftes materiellen Schaden zuzufügen. Ein Kläger, der sich auf diesen Paragraphen stützt, ist nicht auf nominellen Schadenersatz (nominal damages) beschränkt, da es der Zweck der gesetzlichen Bestimmung war, dem Kläger trotz der Schwierigkeit des Nachweises eines positiven Schadens einen Rechtsbehelf zu gewähren, und dieses Ziel nicht erreicht werden könnte, wenn eine Klage nur zur Verurteilung auf nominellen Schadenersatz führte[137]. Deshalb kann normaler Ersatz gewährt werden für künftigen materiellen Schaden, der voraussichtlich vom Kläger auf Grund der üblen Nachrede erlitten werden wird. 5/73

135 *Salvin v. North Brancepeth Coal Co.* [1873] L.R. 9 Chancery Appeal Cases (Ch. App.) 705.
136 Supreme Court Act 1981, sec. 50; *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.* [1895] 1 Ch. 287.
137 *Joyce v. Sengupta* [1993] 1 W.L.R. 337.

D. Primär- und Folgeschaden (Primary and consequential damage)

5/74 Es gibt keine förmliche Kategorie »Folgeschaden« (consequential loss) im englischen Deliktsrecht, und keine besondere Schwierigkeit bezüglich der Erlangung von Ersatz für einen solchen. So hat zB ein Zimmermann, dem man die Werkzeuge weggenommen hat, ein Recht auf Schadenersatz nicht nur bezüglich deren Wert, sondern auch für jede bewiesene Beeinträchtigung seines Handwerks als Folge davon[138]. Allerdings verwendet eine Anzahl von Gelehrten die Kategorie »Folgeschaden« für didaktische Zwecke[139]. Auch in Delikten mit Sachbeschädigung wird eine Unterscheidung getroffen zwischen der Verletzung des dinglichen Rechts des Klägers als solchem und dem Schaden, der als Folge davon eintritt. Bezüglich des letzteren wird die »Entferntheit« geprüft (test of remoteness) – und es gelten die normalen Regeln des novus actus interveniens –, doch die Haftung für die Verletzung selbst unterliegt nicht denselben Voraussetzungen, da diese nicht durch das Dazwischentreten unvorhergesehener Ereignisse außerhalb der Kontrolle des Beklagten ausgeschlossen oder gemindert werden[140]. Schließlich darf in diesem Zusammenhang festgestellt werden, dass es einige Falltypen gibt, in denen das englische Recht die Berechtigung eines »Sekundäropfers« (»secondary victim«) beschränkt, Schadenersatz für eine Verletzung zu fordern, die ihm vom »primary victim« zugefügt oder diesem angedroht worden ist – insbesondere wenn die Verletzung des Sekundäropfers (secondary victim) psychiatrischer Natur ist[141]. Unter diesen Umständen wird dem Sekundäropfer nur dann eine Sorgfaltspflicht geschuldet, wenn eine Beziehung von Liebe und Zuneigung zum Primäropfer bestand, und sich das Sekundäropfer an der Unfallstelle befand oder unmittelbar nach dem Unfall dorthin kam[142].

E. Gewinnentgang (Loss of profits)

5/75 Gewinnentgang kann grundsätzlich mit einer Klage aus fahrlässiger Schädigung (action for negligence) erlangt werden, doch wenn es sich nicht um Folgeschäden einer physischen Beschädigung von Sachen oder der Person des Klägers handelt, stellt Gewinnentgang einen reinen Vermögensschaden (pure economic loss) dar,

138 *Bodley v. Reynolds* (1846) 8 Q.B. 779, 115 English Reports (E.R.) 1066.
139 Siehe zB *H. McGregor,* McGregor on Damages[18] (2009) § 1–36, und allgemein *K. Oliphant,* Aggregation and Divisibility of Damage in England and Wales: Tort Law, in: derselbe (Hrsg), Aggregation and Divisibility of Damage (2009) 95 ff, Rz 9 ff.
140 *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.* [2002] U.K.H.L. 19, [2002] 2 A.C. 883. Eine vergleichbare Unterscheidung gilt auch beim Delikt Täuschung (deceit).
141 Allerdings zeigen die »Samariterfälle«, dass dieser Faktor nicht immer eine Haftung verhindert.
142 *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310.

hinsichtlich dessen normalerweise keine Sorgfaltspflicht bestehen wird[143]. Man kann festhalten, dass englisches Recht die Kategorie »reiner Vermögensschaden« für bedeutsam hält, nicht die Kategorie »Gewinnentgang« als solche.

F. Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden (Pecuniary and non-pecuniary damage)

Die Begriffe »Vermögensschaden« (»pecuniary loss«) und »Nichtvermögensschaden« (»non-pecuniary loss«) spielen vor allem bei der Bemessung von Schadenersatz bei Körperverletzung eine Rolle. Einem englischen Juristen erscheint es eigenartig, diese Begriffe als Kategorisierung von »Schaden« statt von »Schadenersatz« anzutreffen. Die Frage, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, hat doch Vorrang vor der Frage, ob sich aus diesem materielle oder immaterielle Verluste ergeben. Jedenfalls gibt es im englischen Deliktsrecht keine besondere Schwierigkeit bezüglich des Ersatzes für immateriellen Schaden. Man hat sogar gesagt, dass im Deliktsrecht anders als im Vertragsrecht »immaterieller Schaden weit verbreitet ist«[144]. Das maßgebende Werk über Schadenersatz stellt fünf Kategorien von immateriellem Schaden heraus: (a) Schmerzen, Leiden und entgangene Annehmlichkeit (pain and suffering and loss of amenities, PSLA); (b) körperliche Unannehmlichkeiten und Unbehagen (physical inconvenience and discomfort)[145]; (c) gesellschaftlicher Ansehensverlust (social discredit) – im Wesentlichen auf Ansprüche wegen defamation (üble Nachrede) beschränkt; (d) psychisches Leid (mental distress); und (e) Verlust der Gemeinschaft mit Verwandten (loss of society of relatives) – ein gesetzlicher Anspruch unter dem Fatal Accidents Act 1976, sec. 1A. 5/76

143 *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27.

144 *McGregor,* McGregor on Damages[18] § 3–002.

145 Ersatz für körperliche Unannehmlichkeiten und Unbehagen (physical inconvenience and discomfort) wird gewöhnlich in den für Schmerzengeld (pain, suffering and loss of amenities) zugesprochenen Betrag eingerechnet, doch ist dies nicht möglich, wenn keine körperliche Verletzung vorliegt. In solchen Fällen bilden körperliche Unannehmlichkeiten und Unbehagen gesonderte Anspruchstitel. Siehe zB *Mafo v. Adams* [1970] 1 Q.B. 548, C.A. (deceit/Täuschung). Im Gegensatz zur Behauptung in *McGregor,* McGregor on Damages[18] § 3–009 sind persönliches Unbehagen und Verärgerung kein klagbarer Schaden im Rahmen des Delikts private nuisance (wörtlich: private Beeinträchtigung), da private nuisance ein Delikt bezüglich einer Liegenschaft (Besitzstörung) und nicht bezüglich einer Person darstellt: *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* [1997] A.C. 655. Schadenersatz kann allerdings zugesprochen werden, soweit die Störung, durch welche die Unannehmlichkeiten hervorgerufen worden sind, schädliche Auswirkungen auf den Wert der Liegenschaft des Klägers hat.

1. Schmerzengeld (PSLA)

5/77 Von den verschiedenen Arten immateriellen Schadens kommt in der Praxis am häufigsten PSLA (pain and suffering, and loss of amenities/Schmerzen, Leiden und entgangene Annehmlichkeit) vor, eine grundlegende Kategorie von Schaden, wenn ein Delikt eine Körperverletzung des Klägers bewirkt hat. Die zwei Komponenten des Schadens – Schmerzen und Leiden einerseits, entgangene Annehmlichkeit andererseits – werden voneinander unterschieden, obwohl in der Praxis eine einzige Pauschalsumme für beide Aspekte zuerkannt wird[146]. Schmerzen und Leiden werden subjektiv bewertet, als Ausdruck der vom Kläger erlittenen Schmerzen und psychischen Leiden, doch entgangene Annehmlichkeit wird objektiv gewertet, unabhängig davon, ob sich der Kläger dessen bewusst ist oder nicht[147]. Das bedeutet, dass beträchtlicher Ersatz für entgangene Annehmlichkeit zugesprochen werden kann, selbst wenn der Kläger bewusstlos ist[148]. Schadenersatz soll für Ergebnisse gewährt werden, die tatsächlich eingetreten sind. Daraus folgt grundsätzlich, dass die Bewusstlosigkeit des Klägers verhindert, dass Geldersatz für Schmerzen oder Sorgen oder Angst zugesprochen werden kann, da er solche nicht gefühlt hat (wie man jedenfalls annimmt). Einer bewusstlosen Person bleiben Schmerzen und Leiden erspart, sie erlebt keine Angst, die aus der Erkenntnis folgen kann, dass Annehmlichkeit verloren oder das Leben verkürzt worden ist. Die Bewusstlosigkeit eliminiert jedoch nicht den tatsächlichen Verlust von Lebenskomfort. Da die beiden Elemente in der Bemessung des allgemeinen Schadenersatzes zusammengefasst werden, besteht die normale Vorgangsweise der Gerichte in solchen Fällen, sich auf den üblichen Tarif für die betreffende Verletzung zu stützen, und einen Betrag am unteren Ende zu wählen, wenn die Komponente »Schmerzen und Leiden« (pain and suffering) wegen der Bewusstlosigkeit des Opfers reduziert oder eliminiert werden muss[149]. Es ist zu beachten, dass es völlig unerheblich ist, welcher Gebrauch von dem als Ersatz zugesprochenen Geld gemacht werden wird oder werden könnte.

2. Psychisches Leid (Mental distress)

5/78 Wie das führende Lehrbuch sagt, »reicht psychisches Leid für sich allein nicht aus, eine Schadenersatzklage zu begründen ... Allerdings, sobald Haftung bereits begründet ist, kann bei bestimmten Delikten Kompensation für Verletzung von Gefühlen in den Ersatz eingeschlossen werden«[150]. Delikte, bei denen solche Leistungen zugesprochen werden können, inkludieren assault and battery (gefähr-

146 Diese beruhen auf Tarifen, die in den Richtlinien enthalten sind, welche vom Judicial Studies Board erlassen worden sind.
147 *Lim Poh Choo v. Camden and Islingto Area Health Authority* [1980] A.C. 174.
148 *H. West & Son Ltd. v. Shephard* [1964] A.C. 326.
149 Judicial Studies Board.
150 *McGregor,* McGregor on Damages[18] § 3–011.

liche Drohung und tätlicher Angriff), defamation (üble Nachrede), deceit (Täuschung) und die gesetzlichen Tatbestände der Diskriminierung nach Geschlecht, Rasse oder Behinderung[151]. Schadenersatz für psychisches Leid kann auch in einem weiteren Kreis von Delikten – einschließlich Vermögensdelikten – als verschärfter Schadenersatz (aggravated damages) zugesprochen werden[152]. Delikte, bei denen kein Schadenersatz für psychisches Leid zuerkannt werden kann, sind Besitzstörung (private nuisance)[153] und rechtswidrige Absprache (conspiracy)[154].

Ob das englische Common law unter irgendwelchen Umständen psychisches 5/79
Leid für sich allein (»freestanding« distress) als Schaden anerkennt – im Gegensatz zu Leid, das aus einer anderen, anerkannten Verletzung folgt –, ist eine interessante Frage. Es ist argumentiert worden, dass dann gehaftet werden sollte, wenn das Leid vorsätzlich zugefügt worden ist, so wie im berühmten Fall *Wilkinson v. Downton*[155]. Dort hat der Beklagte der Klägerin als dummen Scherz erzählt, ihr Mann sei in einem Verkehrsunfall schwer verletzt worden. Sie hat dadurch schwere und dauerhafte psychische Schäden erlitten und auf Schadenersatz geklagt. Richter *Wright* hat ihrer Klage stattgegeben und den anzuwendenen Rechtssatz wie folgt formuliert: »Der Beklagte hat, wie ich vorläufig annehme, vorsätzlich eine Tat begangen, die darauf abgezielt hat, der Klägerin körperlichen Schaden zuzufügen, dh ihr Recht auf persönliche Sicherheit zu verletzen, und er hat ihr dadurch faktisch körperlichen Schaden verursacht. Diese Annahme allein scheint mir einen guten Klagegrund zu liefern, zumal für die Tat keine Rechtfertigung vorgebracht wird«[156].

Das war allerdings ein »Nervenschock«, der zu körperlichem Schaden geführt 5/80
hat, nicht bloßes Leid, passt also nicht genau hierher. Dennoch anerkennen gerichtliche dicta, dass man argumentieren könne, die Absicht, Schaden zuzufügen, reiche dafür aus, vom normalen Erfordernis eines körperlichen Schadens oder zumindest eines anerkannten psychiatrischen Zustands abzuweichen, vorausgesetzt das Vorsatzelement werde eng gefasst[157], obwohl dies ausdrücklich abgelehnt wurde, als die Frage 2001 vor den Court of Appeal kam[158].

151 Sex Discrimination Act 1975, sec. 66(4); Race Relations Act 1976, sec. 57(4); Disability Discrimination Act 1995, sec. 25(2).

152 Siehe oben Rz 5/49. Bezüglich verschärften Schadenersatzes bei den Delikten (trespass to land und trespass to goods – unrechtmäßige Eingriffe in Liegenschaften bzw bewegliche Sachen) siehe *P. Giliker,* A »new« head of damages: damages for mental distress in the English law of torts (2000) 20 L.S. 19.

153 *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* [1997] A.C. 655.

154 *Lonhro v. Fayed (No 5)* [1993] 1 W.L.R. 1489.

155 [1897] 2 Q.B. 57.

156 [1897] 2 Q.B. 57, 58 f.

157 *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* [1997] A.C. 655, 707 per Lord Hoffmann; *Wainwright v. Home Office* [2004] 2 A.C. 406 [44] per Lord Hoffmann.

158 *Wong v. Parkside Health NHS Trust* [2001] E.W.C.A. Civ. 1721, [2003] 3 All E.R. 932.

5/81 Psychisches Leid für sich allein (freestanding distress) kann jedoch auf der Grundlage eines Gesetzes klagbar sein: wenn Belästigung (harassment), Beunruhigung (alarm) oder Leid (distress) durch »eine Verhaltensweise« (course of conduct) verursacht worden sind, kann unter dem Protection of Harrassment Act 1997 ein Schadenersatzanspruch zur Verfügung stehen (gleichgültig, ob die Wirkung auf das Opfer beabsichtigt war oder nicht)[159].

G. Nichtvermögensschaden und juristische Personen (Non-pecuniary loss and legal persons)[160]

5/82 Formell wird im englischen Recht die Möglichkeit von Ersatzleistungen für Nichtvermögensschaden an eine juristische Person nicht ausgeschlossen. Zugegeben, eine Kapitalgesellschaft kann nicht als solche »Schmerz« oder »Leid« empfinden[161], doch sie kann »soziale Ächtung« (»social discredit«) erleiden. Daher ist seit langem anerkannt, dass eine Handelsgesellschaft Schadenersatz für Rufschädigung (loss of reputation) erlangen kann. Obwohl sec. 1 Defamation Act 2013 nunmehr die Haftung auf Situationen beschränkt, wo eine Rufschädigung der Gesellschaft erheblichen finanziellen Verlust verursacht hat oder voraussichtlich verursachen wird, verändert dies die Grundlage, auf der Schadenersatz für üble Nachrede (defamation) berechnet werden soll. Der gute Name einer Gesellschaft ist ein Gegenstand von Wert, und es gibt keinen guten Grund, warum die Rechtsordnung diesen nicht schützen sollte[162]. Allerdings wirft gerade diese Formulierung – selbst wenn nicht jeder »Wert« wirtschaftlicher Natur ist – die Frage auf, ob das Interesse einer Kapitalgesellschaft an ihrem Ruf wirklich als nichtvermögensrechtlich qualifiziert werden kann. Es ist in der Tat argumentiert worden, dass dies nicht möglich sei, und dass es deshalb nicht durch das law of defamation geschützt werden solle[163]. Jedenfalls haben als Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass juristische Personen auf Verletzung ihres Rufes klagen können, demokratisch gewählte Regierungsorgane (einschließlich Gemeindevertretungen, local authority corporations) kein Recht, Schadenersatz für üble Nachrede einzuklagen[164]. Überdies ist festzuhalten, dass eine Gewerkschaft, obwohl sie einen korporationsähnlichen Status hat und im eigenen Namen aus Delikt klagen kann[165], wegen des Mangels echter

159 Protection from Harassment Act 1997, sec. 1(1), (2).
160 Forschungen, die derzeit von *V. Wilcox* im Rahmen eines Doktoratsprogramms durchgeführt werden, könnten zu einer Überprüfung der Analyse des folgenden Absatzes Anlass geben.
161 Und ist deshalb keine Person, die Belästigung (harrassment) unter dem Prevention of Harassment Act 1997 erleiden kann: *Daiichi UK Ltd. v. Stop Huntingdon Animal Cruelty* [2004] 1 W.L.R. 1503.
162 *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL* [2006] U.K.H.L. 44, [2007] 1 A.C. 359.
163 *Howarth* (2011) 74 M.L.R. 845.
164 *Derbyshire County Council v. Times Newspapers* [1993] A.C. 534.
165 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, sec. 10.

Rechtspersönlichkeit keine Klage wegen übler Nachrede (action in defamation) einbringen kann: sie ist keine gesonderte Rechtsperson, die beleidigt werden kann[166]. Man kann daher sagen, dass es keinen entscheidenden Beweis dafür gibt, dass es im englischen Recht tatsächlich Ersatz für Nichtvermögensschaden gibt, den juristische Personen erlitten haben.

H. Entgangene Urlaubsfreude (Loss of the enjoyment of a holiday)

Entgangene Urlaubsfreude ist ersatzfähiger Schaden – jedenfalls wenn sie aus einer Körperverletzung[167] oder aus einer anderen unabhängig klagbaren Schädigung resultiert. Allgemein wird angenommen, dass entgangene Urlaubsfreude dann nicht eingeklagt werden kann, wenn *kein* solcher unabhängig klagbarer Schaden vorliegt[168]. Wenn Schadenersatz zugesprochen wird, erfolgt dies normalerweise unter dem Titel des allgemeinen Schadenersatzes (dh als immaterieller Schaden)[169]. Doch man kann sich fragen, ob diese Analyse auch Platz greifen würde, wenn ein Kläger überhaupt am Antritt eines Urlaubs gehindert wäre, für den er bereits bezahlt hat. **5/83**

I. Verlust des Gebrauchs einer Sache (Loss of the use of property)

Der Kläger ist berechtigt, Ersatz für den Gebrauchsentgang (loss of use) an einer beschädigten Sache zu verlangen, selbst wenn er in der Lage ist, sich eines Ersatzes zu bedienen, der in Reserve gehalten wurde. Im Leitfall[170] hat der *Earl of Halsbury* folgendes Beispiel angeführt: »Angenommen eine Person hat einen Stuhl aus meinem Zimmer entfernt und zwölf Monate für sich behalten, könnte dann irgend- **5/84**

---

166 *Electrical, Electronic, Telecommunication and Plumbing Union v. Times Newspapers Ltd.* [1980] Q.B. 585.

167 Siehe zB *Ichard v. Frangoulis* [1977] 1 W.L.R. 556; *Graham v. Kelly & East Surrey NHS Trust (Nr 2)* [1997] Current Law Yearbook (C.L.Y.) 1818; *Bastow v. Mann* [2008] C.L.Y. 2851.

168 *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 1468.

169 Gesonderte Beträge können für entgangene Urlaubsfreude und allgemeinen Schadenersatz zugesprochen werden (siehe zB *McMullen v. Lynton Lasers Ltd.* [2006] C.L.Y. 3186; *Campbell v. Meyer* [2007] C.L.Y. 3129), doch der Schaden scheint trotzdem als immateriell behandelt worden zu sein. Eine sehr beträchtliche Summe (£ 4,000,–) wurde für entgangene Urlaubsfreude in *Borton v. First Choice Holidays & Flights Ltd.* [2007] C.L.Y. 3253 zugesprochen, doch die Klägerin wollte heiraten und war, da sie mit Nahrungsmittelvergiftung darniederlag, nicht in der Lage, zur Zeremonie am Strand zu gehen oder beim Empfang irgendetwas zu essen oder zu trinken. Ihre anschließenden Flitterwochen waren ebenfalls ruiniert. Der in *McMullen* (Kläger war unfähig, auf den Bahnen in Disneyland zu fahren) zugesprochene Betrag von £ 850,– kann eher als typisch betrachtet werden.

170 *The Mediana* [1900] A.C. 113, 117.

jemand sagen, man hat ein Recht, die Schadenersatzleistung zu reduzieren, indem man zeigt, dass ich normalerweise nicht auf diesem Stuhl sitze, oder dass es im Zimmer genügend andere Stühle gebe? In dieser klaren Formulierung kommt mir ein solches Ansinnen absurd vor…«. Ob das Recht wirklich so weit geht, darf jedoch bezweifelt werden. In *Alexander v. Rolls Royce Motor Cars*[171] hat sich der Court of Appeal geweigert, Ersatz für Gebrauchsentgang im Fall der Beschädigung eines privaten Kraftfahrzeuges zuzusprechen, das der Kläger nur selten und nicht regelmäßig benützte. Das wahre Prinzip scheint zu sein, dass Ersatz für Gebrauchsentgang nur dann erlangt werden kann, wenn finanzieller Verlust oder Belastung anzunehmen ist, oder wenn der Kläger Erhaltungskosten für eine Ersatzsache auf sich genommen hat, um diese zu benützen, falls die normal genutzte Sache beschädigt werden sollte.

5/85 In Fällen des Seetransports ist es üblich, einen Betrag in der Höhe der Zinsen auf den abgeschriebenen Kapitalwert des Schiffes während des Zeitraums, in dem dieses nicht in Verwendung stand[172], zuzusprechen, doch dies könnte unangemessen sein, wenn die beschädigte Sache rasch an Wert verliert. Das könnte zu beträchtlicher Inkonsequenz führen bezüglich der Höhe der Schadenersatzleistung hinsichtlich des Alters der betreffenden Sache. Wenn zB Stadtverkehrsbetriebe infolge eines von einem anderen Lenker verschuldeten Zusammenstoßes auf die Verwendung eines ihrer Busse während 69 Tagen verzichten mussten, jedoch einen Reservebus benützten, den sie für Notfälle bereithielten, während das beschädigte Fahrzeug repariert wurde, war ihnen eine werthafte bewegliche Sache entzogen und sie waren berechtigt, beträchtlichen Schadenersatz zu fordern, der im Hinblick auf die Tageskosten der Bereithaltung des Busses im Reservefahrzeugpool berechnet wurde[173]. Das konnte einen Betrag ausmachen, der ungefähr dem Wert der Sache für den Eigentümer entsprach und hatte den Vorteil, eine einigermaßen stabile Kalkulationsgrundlage zu bilden, die gegenüber beiden Seiten so fair wie möglich war. Das Risiko dieser Vorgangsweise liegt darin, dass sie als »Prämierung der Ineffizienz«[174] gesehen werden könnte, insofern höhere Bereithaltungskosten zu höherem Schadenersatz führen würden. Doch im Fall von Sachen, die rasch an Wert verlieren, mögen die Vorteile größer sein als die Nachteile. Die Analyse bedeutet nicht, dass das Delikt des Beklagten »kausal« für die Investition des Klägers in die Bereithaltung eines Reservebusses war: diese Kosten wurden lediglich als der beste Näherungswert für den Schaden betrachtet, den der Kläger dadurch erlitten hat, dass der beschädigte Bus nicht verwendet werden konnte.

171 [1996] Road Traffic Reports (R.T.R.) 95.
172 *The Chekiang* [1926] A.C. 637; *The Hebridean Coast* [1961] A.C. 545.
173 *Birmingham Corporation v. Sowsbery* [1970] R.T.R. 84.
174 [1970] R.T.R. 84, 86–7.

J. Unerwünschte Schwangerschaft, unerwünschtes Leben und unerwünschte Geburt (Wrongful conception, wrongful life and wrongful birth)

Wie zahlreiche andere Rechtsordnungen hatte auch das englische Recht in den letzten Jahrzehnten große Schwierigkeiten mit Ansprüchen wegen unerwünschter Schwangerschaft, unerwünschten Lebens und unerwünschter Geburt. **5/86**

1. Unerwünschte Schwangerschaft (Wrongful conception)

Unerwünschte Schwangerschaft beschreibt eine Situation, in der eine Frau ein Kind durch unrechtmäßiges Verhalten einer anderen Person empfangen hat. Die häufigste Konstellation ist eine entweder an der Frau oder an ihrem Partner fahrlässig vorgenommene Sterilisation. In diesem Fall kann die Mutter Schadenersatz für die materiellen und immateriellen Folgen der Schwangerschaft erlangen, nicht jedoch für Vermögensschaden, der durch die Kosten der Aufziehung des »ungewollten« Kindes entsteht[175]. Man ist sich nicht ganz klar darüber, ob dieser Vermögensschaden ein reiner Vermögensschaden ist oder ein Folgeschaden, nicht nur hinsichtlich des Vaters, sondern auch der Mutter, doch es scheint klar zu sein, dass diese Frage in diesem Zusammenhang unerheblich ist[176]. **5/87**

Zum Schadenersatz, den die Mutter hinsichtlich der Schwangerschaft und Geburt erlangen kann, tritt in Anerkennung der elterlichen Autonomie ein gesetzlicher Pauschalbetrag (conventional award) hinzu. »Conventional« bedeutet hier, dass die Zuerkennung unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen erfolgt, welche die Geburt eines »unerwünschten« Kindes auf die Eltern hat, und dass es sich um einen Fixbetrag handelt. Es scheint sich um die Anerkennung eines Nichtvermögensschadens (non-pecuniary loss) zu handeln, und der Ersatz kann als Ausgleich betrachtet werden[177]. Der zuerkannte Betrag (£ 15,000,–[178]) kann mit der kleineren Summe von £ 11,800,– verglichen werden, den das Gesetz den Eltern eines Kindes zuspricht, das durch das Delikt einer anderen Person getötet worden ist[179]. **5/88**

---

175 *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] U.K.H.L. 52, [2004] 1 A.C. 309.

176 *McFarlane,* Lord Steyn ([79]) und Lord Hope (at [96]) betrachteten den Schaden als reinen Vermögensschaden, und Lord Hope wiederholte diese Entscheidung in *Rees* [52], doch Lord Steyn *(McFarlane,* [79]) und Lord Millett *(McFarlane,* [109]) hatten festgestellt, es sei irrelevant, ob es sich um einen reinen Vermögensschaden oder um einen Folgeschaden handelte.

177 In der Leitentscheidung war dies die ausdrückliche Auffassung von Lord Millett, doch Lord Bingham stellte – aus schwer durchschaubaren Gründen – fest, dass der Ersatz keinen kompensatorischen Charakter habe.

178 Im Gefolge von *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] U.K.H.L. 52, [2004] 1 A.C. 309.

179 Fatal Accidents Act 1976, sec. 1A. Der Betrag wird nur zugesprochen, wenn das Kind im Todeszeitpunkt jünger als 18 Jahre war.

Der Betrag wird für die von beiden Eltern erlittene Verletzung zugesprochen, und es ist zu erwarten, dass die schwierigen Fragen auftreten werden, wer das Geld bekommen soll, und wieviel davon, wenn die Eltern im Zeitpunkt der Geburt getrennt waren oder überhaupt nie »zusammen« gewesen sind.

5/89 Die genannten Prinzipien gelten nicht nur für den Fall eines gesunden Kindes mit gesunden Eltern, sondern auch, wenn einem behinderten Elternteil ein gesundes Kind geboren wird. Es muss erst endgültig entschieden werden, ob dasselbe gilt, wenn durch die Behinderung des *Kindes* die Betreuungskosten beträchtlich erhöht werden. Der Court of Appeal hat in einem solchen Fall den Anspruch auf »zusätzliche« Betreuungskosten (Geldschaden) anerkannt[180], doch über die Richtigkeit dieser Entscheidung war das House of Lords anschließend (in obiter dicta) geteilter Meinung, und die Frage bleibt insoweit offen[181].

2. Unerwünschtes Leben (Wrongful life)

5/90 Das englische Recht anerkennt keinen Anspruch wegen unerwünschten Lebens, dh einen Anspruch, der von einem Kind erhoben wird, das behauptet, dass der Arzt oder die Gesundheitseinrichtung der Mutter im Hinblick auf die schwere Missbildung des Fötus und die folgende schwere Behinderung des Kindes nach der Geburt[182] ermöglichen hätte sollen, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Solche Ansprüche widersprechen dem ordre public, denn sie würden den Arzt verpflichten, auf Grund der wahrscheinlichen Behinderung des Kindes einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, und dies würde »eine weitere Einschränkung der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens darstellen … und bedeuten, dass das Leben eines behinderten Kindes nicht nur weniger wertvoll ist als das Leben eines normalen Kindes, sondern so viel weniger wert, dass es nicht erhaltenswürdig ist«[183]. Darüber hinaus ist es völlig unmöglich, den Schaden des Kindes in einem solchen Fall zu beziffern, wofür es erforderlich wäre, das Leben des Kindes in seinem gegenwärtigen Zustand zu vergleichen mit einem Zustand, in dem es überhaupt nicht geboren worden wäre[184], oder den Grad

180 *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] E.W.C.A. Civ. 530 [2002] Q.B. 266. Siehe *H. Koziol/B. C. Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002) 131, Rz 47–53.

181 In *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] U.K.H.L. 52, [2004] 1 A.C. 309 ergab sich im House of Lords Stimmengleichheit zwischen jenen, die es für richtig hielten, auf Grund der Behinderung des Kindes zusätzliche Kindererziehungskosten zuzusprechen, und jenen, die das für falsch hielten. Ein Richter hat kein Votum abgegeben. Siehe *K. Oliphant,* England and Wales, in: H. Koziol/B. C. Steininger, (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004) 113, Rz 39 ff.

182 *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166.

183 [1982] Q.B. 1166, 1180 per Stephenson LJ (der einräumte, dass der Arzt *der Mutter* eine Pflicht schulden könnte, ihr die Gelegenheit zu geben, die Schwangerschaft abzubrechen). Siehe auch [1982] Q.B. 1166, 1188 per Ackner LJ (Unverletzlichkeit des Lebens).

184 [1982] Q.B. 1166, 1181–82 per Stephenson LJ, 1189 per Ackner LJ, und 1192–93 per Griffiths LJ.

der Behinderung zu bemessen, der dem Kind erlauben würde, eine solche Klage anzustrengen[185].

5/91 Diese Vorgangsweise stimmt mit den Empfehlungen zweier Berichte überein, die beide die Besorgnis erkennen ließen, dass eine Klage wegen unerwünschten Lebens Ärzte dem unerträglichen Druck aussetzen könnte, in Problemfällen Schwangerschaftsabbrüche zu empfehlen, wenn sie nicht später auf Schadenersatz geklagt werden wollten[186]. Trotzdem hat die Begründung des Gerichts beträchtliche akademische Kritik ausgelöst[187], wobei einige Kommentatoren so weit gegangen sind, die Anerkennung eines Klagegrundes »unerwünschtes Leben« im englischen Recht zu fordern[188]. Der Sachverhalt des Leitfalles hat sich vor der Anwendung des Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 ereignet, der alle Rechtsvorschriften ersetzt, durch welche vorher die Haftung gegenüber Kindern bezüglich ihrer angeborenen Behinderung (congenital disability) geregelt war[189], und die Verabschiedung dieses Gesetzes schließt praktisch Ansprüche wegen unerwünschter Geburt für jene Geburten aus, die nach seinem Inkrafttreten 1976 erfolgt sind[190]. Es ist jedoch die Meinung vertreten worden[191], dass die spätere Erstreckung des Gesetzes zwecks Einbeziehung spezieller Behandlungen von Unfruchtbarkeit[192] das Tor geöffnet habe für wrongful life-Ansprüche in einem beschränkten Kreis von Fällen, nämlich wenn die Behinderung als Resultat von Fahrlässigkeit bei der Wahl eines beschädigten Embryos auftritt, welcher der Mutter eingesetzt wurde, oder beschädigter Geschlechtszellen, aus denen der Embryo entstand; doch dies muss erst gerichtlich geklärt werden.

---

185 [1982] Q.B. 1166, 1193 per Griffiths LJ. Vgl 1180–81 per Stephenson LJ und 1188 per Ackner LJ.

186 *Law Commission,* Report on Injuries to Unborn Children (Law Com. Nr 60, 1974) § 89; *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*, Report, Cmnd. 7054, Band 1, §§ 1485 f. In *McKay v Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166, 1192. Griffiths LJ äußerte sich skeptisch zu diesem Argument und stellte fest, dass die Letztentscheidung immer bei der Schwangeren blieb und die Pflicht des Arztes nur darin bestand, die Gründe pro und contra mitzuteilen.

187 Siehe zB *T. Weir,* Wrongful Life – Nipped in the Bud [1982] C.L.J. 225; *A. Grubb,* »Wrongful Life« and Pre-Natal Injuries (1993) 1 Medical Law Review (Med. L. Rev.) 261, 263–265; *A. Grubb,* Problems of Medical Law, in: S. Deakin/A. Johnston/B. Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law[5] (2003) 308 f. Vgl *T. Weir,* Tort Law (2002) 186 (bestätigt die Richtigkeit der Entscheidung).

188 *H. Teff,* The Action for »Wrongful Life« in England and the United States (1985) 34 International and Comparative Law Quarterly (I.C.L.Q.) 423; *A. Morris/S. Saintier,* To Be or Not to Be: Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions (2003) 11 Med. L. Rev. 167.

189 Sec. 4(5).

190 [1982] Q.B. 1166, 1178 per Stephenson LJ, 1187 per Ackner LJ, und 1192 per Griffiths LJ.

191 *Grubb* (1993) 1 Med. L. Rev. 264 f.

192 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, sec. 1A, eingeführt durch den Human Fertilisation and Embryology Act 1990, sec. 44.

3. Unerwünschte Geburt (Wrongful birth)

5/92 In der englischen Literatur betrachtet man als Grundlage von Klagen wegen unerwünschter Geburt den Umstand, dass wegen Fahrlässigkeit des Beklagten (der etwa eine Missbildung des Fötus nicht erkannt hat) die Mutter der Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs beraubt war. Dadurch entstehen rechtspolitische Erwägungen, die weitgehend mit jenen übereinstimmen, die in einer Situation unerwünschten Lebens angestellt werden. Trotzdem lassen die Gerichte ebenso wie in den Fällen unerwünschter Schwangerschaft Ersatz zu, einschließlich Schmerzengeld, für Schäden, die direkt durch die Geburt entstehen, plus einen Pauschalbetrag (conventional sum) für die Verletzung der reproduktiven Autonomie (reproductive autonomy), allerdings nicht für die gewöhnlichen Kosten der Kindererziehung[193]. Dieser Ansatz ist auf ein gewisses Maß an Kritik gestoßen[194], und wurde dann nicht herangezogen, wenn die hypothetische Abtreibung rechtswidrig gewesen wäre: in einem solchen Fall schließt der ordre public (public policy) die Zuerkennung von Schadenersatz aus[195].

5/93 Grundsätzlich können Klagen wegen unerwünschter Geburt von Klagen wegen unerwünschter Schwangerschaft unterschieden werden, wenn die Fahrlässigkeit des Beklagten die Schwangerschaft einer Frau bewirkt, die nicht empfangen will, aber die Unterscheidung ist nicht stichhaltig, denn in einer Klage wegen unerwünschter Schwangerschaft kann die Klägerin sich darauf berufen, dass sie sich auf Grund des fahrlässigen Verhaltens des Beklagen nicht veranlasst sah, das Schwangerschaftsrisiko so aufmerksam einzuschätzen, wie sie es sonst getan hätte, und dass die Fahrlässigkeit des Beklagten sie der Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs beraubte (den sie vorgenommen hätte)[196].

193 *Groom v. Selby* [2001] E.W.C.A. Civ. 1522, [2002] Personal Injuries and Quantum Reports (P.I.Q.R.) P18. Unter der Annahme, dass hier derselben Vorgangsweise gefolgt wird wie bei den Fällen unerwünschter Schwangerschaft, könnte Schadenersatz für zusätzliche Kosten erlangt werden, die sich aus der Behinderung des Kindes ergeben: siehe *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] E.W.C.A. Civ. 530, [2002] Q.B. 266 (unerwünschte Schwangerschaft).

194 ZB durch *P. Glazebrook,* Unseemliness Compounded by Injustice [1992] C.L.J. 226.

195 *Rance v. Mid-Downs Health Authority* [1991] 1 Q.B. 587.

196 Siehe zB *Thake v. Maurice* [1986] Q.B. 644, 680–1.

II. Verursachung (Causation)

A. Die normative Prägung des schadenersatzrechtlichen Verursachungsprinzips (Causation's normative imprint in tort law)

Verursachung (causation) ist eine allgemeine Voraussetzung schadenersatzrechtlicher Haftung. Es muss allerdings nicht bewiesen werden, dass der Beklagte *persönlich* den Schaden verursacht hat, da Haftung auch für Mittäter (joint tortfeasors) gilt, wenn jemand das Verhalten des Täters autorisiert hat, oder mit ihm zusammengewirkt hat, oder mit ihm durch ein Beschäftigungsverhältnis verbunden ist. In solchen Fällen ist Haftung unabhängig von einer Kausalbeziehung zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem erlittenen Schaden, obwohl dieser natürlich dem Verhalten des anderen Mittäters kausal zurechenbar sein muss. Hinweise auf »Verhalten des Beklagten« in diesem Abschnitt sind so zu verstehen, dass sie das Verhalten eines Mittäters einschließen. **5/94**

In Rechtsordnungen des Common law hat Verursachung typischerweise zwei Aspekte: einen faktischen und einen rechtlichen. Faktische Kausalität wird normalerweise durch den »but for«-Test angesprochen, der verlangt, dass das Verhalten des Beklagten eine notwendige Bedingung der Verletzung des Klägers ist. Rechtliche Kausalität ist ein Begriff, der eine Anzahl weiterer Regeln umfasst, welche die Zurechnung auf einen kleineren Kreis »faktischer« Ursachen beschränken. Dies wird als notwendig erachtet, um den »Regress auf Adam und Eva« (»Adam and Eve causation«)[197] abzuschneiden. Diese Regeln inkludieren das Prinzip von »novus actus interveniens« und »remoteness of damage« (weit entfernte/nächstgelegene Ursache, proximate cause). Einige Autoren bestreiten, dass Prinzipien rechtlicher Kausalität überhaupt Kausalitätsprinzipien und nicht nur rechtspolitische Haftungsbeschränkungen darstellen, und betrachten nur faktische (oder historische) Verursachung als wirklich kausal[198]. **5/95**

B. Ursache als notwendige Bedingung (Cause as a necessary condition)

Faktische Kausalität wird normalerweise durch den »but for«-Test erfasst, der wie folgt erklärt wird: »Wenn man sagen kann, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn ein bestimmtes Verschulden (fault) nicht vorgelegen wäre, dann ist **5/96**

197 *G. Williams,* Causation in the Law [1961] C.L.J. 62, 64.
198 Siehe zB *J. Stapleton,* Legal Cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences (2001) 54 Vanderbilt Law Review 941.

dieses Verschulden tatsächlich eine Ursache des Schadens. Doch wenn man sagen kann, dass der Schaden auf jeden Fall, mit oder ohne Verschulden, eingetreten wäre, dann ist das Verschulden nicht eine Ursache des Schadens«[199].

5/97 Obwohl der but-for-Test allgemein als nützliche Faustregel gilt, liefert er nicht immer die richtige Antwort[200]. Bei manchen Falltypen wenden die Gerichte alternative Tests an[201]. Eine alternative allgemeine Theorie faktischer Kausalität besagt, dass eine Ursache nur ein notwendiges Element in einem Bündel von Bedingungen (set of conditions) sein muss, die zusammen genügen, das Ergebnis zu bewirken[202]. Diese Theorie unterscheidet sich vom but-for-Test dadurch, dass Verursachung nicht durch die Existenz eines separaten Bündels von Bedingungen ausgeschlossen wird, das ebenfalls für die Bewirkung des Ergebnisses ausreicht.

5/98 Der übliche but-for-Test verlangt eine hypothetische Untersuchung, was geschehen wäre, wenn sich der Beklagte nicht deliktisch verhalten hätte, und das bedeutet paradoxerweise, dass »tatsächliche« Verursachung fordert, etwas zu betrachten, das sich tatsächlich nicht ereignet hat[203]. Man muss nicht nur erwägen, wie sich der Beklagte verhalten hätte sollen, sondern auch, wie der Kläger auf das hypothetische Verhalten reagieren hätte sollen – zB in einem medizinischen Fall, wo der Kläger sich einer Behandlung unterzogen hätte, wenn er über die Risiken ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre[204], oder wie er oder sie auf geeignete medizinische Behandlung reagiert hätte, wäre diese vorgenommen worden[205]. Als ein beklagter Unternehmer einem Arbeiter keinen Sicherheitsgurt zur Verfügung gestellt hat und dieser vom Gerüst gefallen ist, musste dementsprechend gezeigt werden, dass der Arbeiter den Sicherheitsgurt angelegt hätte, wenn dieser bereitgestellt worden wäre[206].

199 *Cork v. Kirby Maclean Ltd.* [1952] 2 All E.R. 402, 407 per Denning LJ.
200 *Smith New Court Securities Ltd. v. Citibank NA* [1997] A.C. 254, 285 per Lord Steyn; *H. L. A. Hart/T. Honoré,* Causation in the Law² (1985) 113. Siehe auch *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2003] 1 A.C. 32, 69 per Lord Nicholls (»over-exclusionary«).
201 Siehe unten Rz 5/100 f, 102 ff und 106 ff.
202 *Hart/Honoré,* im zitierten Werk; *R. Wright,* Causation in Tort Law (1985) 73 Cal. L. Rev. 1735, wo der »NESS« (necessary element of a sufficient set/notwendiges Element eines ausreichenden Bündels)-Test entwickelt wird.
203 *W. P. Keeton* (Hrsg), Prosser and Keaton on Torts⁵ (1984) 265.
204 *Chatterton v. Gerson* [1981] Q.B. 432. Doch vgl den interessanten Fall *Chester v. Afshar* [2004] U.K.H.L. 41, [2005] 1 A.C. 134, in dem Schadenersatz zugesprochen wurde, obwohl feststand, dass der Kläger sich der vorgeschlagenen Behandlung zwar nicht sofort, doch zu einem späteren Zeitpunkt unterzogen hätte.
205 *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management* [1969] 1 Q.B. 428.
206 *McWilliams v. Sir William Arrol & Co.* [1962] 1 W.L.R. 295. (Die Witwe des Verstorbenen konnte diesen Nachweis nicht erbringen.)

C. Unterlassung als Ursache (Omissions as cause)

Es wäre ein Fehler anzunehmen, dass nur Handlungen (»making things happen«) als Ursachen in Betracht kommen und Haftung auslösen können, und dass Unterlassungen (»doing nothing«) nichts bewirken können. Tatsächlich sollte man die Ausdrücke »Handlung« und »Unterlassung« nur als Etiketten betrachten, die auswechselbar auf alle Äußerungen menschlichen Verhaltens applizierbar sind. Die Unterscheidung reflektiert keine profunde, philosophische Einteilung menschlichen Verhaltens in zwei wesentlich verschiedene Typen. *Hart* und *Honoré* drücken dies treffend aus: »Menschliches Verhalten kann alternativ als Handlung oder Unterlassung beschrieben werden. ›Von einem Arzt, der einen Fall von Masern als Scharlach diagnostiziert, kann man sagen, er habe unterlassen, die richtige Diagnose zu treffen; man kann ebenso gut sagen, er habe eine falsche Diagnose erstellt‹ *(Harnett v. Bond* [1924] 2 K.B. 517, 541 per Bankes LJ). Manchmal ist es eher angebracht, das Verhalten als Unterlassung zu beschreiben; wenn eine rechtliche Verpflichtung zu einem Handeln besteht, und die Person nicht gehandelt hat, wird die rechtlich relevante Beschreibung darin bestehen, dass sie es unterlassen hat, die betreffende Handlung vorzunehmen. Doch die Beschreibung eines Verhaltens als Unterlassung darf nicht irgendwelche körperlichen Bewegungen der betreffenden Person implizieren: wenn zB die Beschreibung lautet ›Der Beklagte hat es unterlassen, die elektrische Verkabelung zu inspizieren‹. Folglich haben jene Gerichte und Wissenschafter, die von einem ›in Bewegung setzen‹ (›setting in motion‹) als Hauptauslöser von Verursachung beeindruckt sind, und die danach schließen, dass wir Dinge nur in Bewegung setzen können, indem wir uns selbst bewegen, Schwierigkeiten zu verstehen, wie das Unterlassen einer Handlung eine Kausalbeziehung stören kann. Man ist nunmehr der Meinung, zumindest in England, dass es bezüglich Unterlassungen keine besondere Schwierigkeit gibt … In Wahrheit kann keine vernünftige Unterscheidung getroffen werden zwischen Verursachung durch Handlungen oder durch Unterlassungen«[207]. **5/99**

D. Kumulative Kausalität (Cumulative causation)

In Fällen toxischer Belastung, die auf Emissionen sowohl seitens D1 als auch D2 zurückgehen, und ebenso in analogen Fällen, ist es unerheblich, dass Vs Verletzung auch eingetreten wäre, wenn die Belastung durch entweder D1 oder D2 weggedacht wird. Das heißt, es ist nicht notwendig zu beweisen, dass entweder D1 oder D2 Ursache im Sinne des but-for-Tests war. Es muss nur bewiesen werden, **5/100**

207 *Hart/Honoré,* Causation in the Law² 138 f.

dass D1 und/oder D2 einen wesentlichen Beitrag zur Belastung geleistet haben, von der ein wesentlicher Beitrag zur Verletzung des V abgeleitet wird[208]. Wenn also V als Folge schrittweiser Ablagerung von Silikonstaub in seiner Lunge, der er in separaten Zeiträumen seiner Beschäftigung bei D1 und D2 ausgesetzt war, Pneumoconiose entwickelt, und die Belastung bei D1 wahrscheinlich Pneumoconiose auch ohne den Beitrag von D2 verursacht hätte, hat D2 keine but-for-Ursache für die Erkrankung gesetzt. Trotzdem ist er dafür haftbar, da sein mehr als geringfügiger Beitrag zur Gesamtbelastung einen wesentlichen Beitrag zur Verletzung darstellt[209]. Dasselbe gilt, wenn V in einem Verkehrsunfall schwere Verletzungen erleidet, die auf Fahrlässigkeit seitens D1 zurückzuführen sind, und sie in einem geschwächten Zustand zurücklassen, der sodann verschlimmert wird durch fahrlässige Behandlung im Spital des D2. Wegen ihres geschwächten Zustands atmet V eigenes Erbrochenes ein, was zu einem hypoxischen Gehirnschaden führt. Sowohl D1 als auch D2 haben einen wesentlichen Beitrag zu dieser Verletzung geleistet, auch wenn nicht bewiesen werden konnte, dass D2 bezüglich des Ergebnisses einen Unterschied bewirkt hat[210].

5/101 Das Haftungsausmaß hängt in solchen Fällen davon ab, ob die von V erlittene Verletzung teilbar oder unteilbar ist. Wenn die Verletzung teilbar ist (zB weil es sich um einen progressiven Zustand handelt, der sich im Verhältnis zu Vs toxischer Belastung entwickelt), ist jeder D nur für das Ausmaß seines verhältnismäßigen Beitrags zur Gesamtbelastung verantwortlich[211]. Wenn die Verletzung unteilbar ist, haftet jeder Beklagte solidarisch für den Gesamtbetrag von Vs Schaden[212].

E. Überholende Kausalität (Overlapping causation)

5/102 D1 und D2 verletzen V unabhängig voneinander und hintereinander, und die Wirkungen der beiden Verletzungen überdecken einander. Folglich erfüllen weder D1 noch D2 den but-for-Test bezüglich des Bereichs der Überdeckung (»the overlap injury«). Welche der beiden man auch immer hypothetisch wegdenken mag: die andere hätte trotzdem die Verletzung verursacht. Die Vorgangsweise des englischen Rechts entspricht hier einem Bündel von drei Prinzipien, von denen jedes die zeitliche Reihenfolge der Verletzungen betont. Um ein volles Bild zu erlangen,

208 *Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw* [1956] A.C. 613; *Bailey v. Ministry of Defence* [2008] E.W.C.A. Civ. 883, [2009] 1 W.L.R. 1052.

209 Eine Sachverhaltsvariante von *Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw* [1956] A.C. 613.

210 Eine Sachverhaltsvariante von *Bailey v. Ministry of Defence* [2008] E.W.C.A. Civ. 883, [2009] 1 W.L.R. 1052.

211 Animals Act 1971.

212 *Bailey v. Ministry of Defence,* oben.

müssen nicht nur Mittäter betrachtet werden, sondern auch der Fall von Überdeckung deliktischer und nichtdeliktischer Verletzungen.

Erstens, wenn die Auswirkungen einer deliktischen Verletzung von den Auswirkungen einer späteren nichtdeliktischen Verletzung überdeckt werden, wird die Schadenshaftung des Unrechtstäters in dem Zeitpunkt ausgelöscht, zu dem die nichtdeliktische Verletzung dieselbe Wirkung gehabt hätte. Die Zuerkennung von Schadnersatz soll V nicht in eine bessere Lage versetzen als jene, in der er sich befunden hätte, wäre das Delikt nicht begangen worden[213]. Betrachten wir folgendes Beispiel: V verletzt seinen Rücken durch einen Arbeitsunfall, für den sein Arbeitgeber D verantwortlich ist. Er ist daraufhin nur mehr fähig, leichte Arbeit zu verrichten, und erleidet dadurch eine Minderung seines Einkommens. Später erleidet V eine Wirbelsäulenerkrankung, durch die er völlig arbeitsunfähig wird (und die dasselbe Resultat gehabt hätte, wenn die erste Verletzung nicht erfolgt wäre). D ist eindeutig haftbar für die Einkommensminderung bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Erkrankung denselben Grad an Arbeitsunfähigkeit bewirkt hätte, doch erstreckt sich seine Haftung auch auf die Zeit danach? Unter Anwendung des gerade genannten Prinzips endet Ds Haftung, sobald die Wirbelsäulenerkrankung dieselbe Wirkung wie der Arbeitsunfall erzielt hätte, und erstreckt sich nicht auf einen späteren Zeitraum[214]. **5/103**

Zweitens, wenn die Auswirkungen einer von D1 verursachten deliktischen Verletzung von den Auswirkungen einer späteren deliktischen Verletzung überdeckt werden, die von D2 verursacht wurde, wird die Haftung von D1 nicht durch die Verletzung seitens D2 ausgelöscht[215]. Ansonsten könnte V zwischen zwei Unrechtstätern durchfallen, in dem Sinn, dass die Gesamtsumme der gegen D1 und D2 zugesprochenen[216] Ersatzbeträge geringer ausfällt als der erlittene Gesamtschaden. Betrachten wir folgendes Beispiel: V wird von Ds Kraftfahrzeug überfahren, sein Bein wird verletzt, er erleidet eine bleibende Einschränkung seiner Mobilität. Einige Zeit später wird er im Verlauf eines bewaffneten Raubüberfalls in dasselbe Bein geschossen, und das Bein muss amputiert werden. V erleidet dadurch einen weiteren Mobilitätsverlust, für den eindeutig D2 verantwortlich ist. Klarerweise muss D1 für den anfänglichen Mobilitätsverust bis zum Datum der Schussverletzung zahlen. Doch muss D1 oder D2, oder keiner von beiden für den anfänglichen Mobilitätsverlust auch bezüglich des Zeitraums nach dem Schuss zahlen? Unter Anwendung des gerade genannten Prinzips muss D1 (nicht D2) für den anfänglichen Mobilitätsverlust auch für den Zeitraum nach der Schussverletzung zahlen[217]. **5/104**

213 *Jobling v. Associated Dairies* [1982] A.C. 794.
214 *Jobling v. Associated Dairies* [1982] A.C. 794.
215 *Baker v. Willoughby* [1970] A.C. 467.
216 *Jobling v. Associated Dairies* [1982] A.C. 794, 815 per Lord Keith.
217 *Jobling v. Associated Dairies* [1982] A.C. 794, 815 per Lord Keith.

5/105 Bisher wurde nur über die Haftung des ersten Täters (D1) gesprochen. Bezüglich des zweiten Täters (D2) gilt, dass er berechtigt ist, »sein Opfer so zu nehmen, wie er es vorfindet« (»take his victim as he finds him«) und er deshalb nur für die zusätzliche Verletzung (soweit vorhanden) haftet, die er dem V verursacht[218]. Wenn also Vs Fahrzeug im Verlauf einiger Wochen in zwei Kollisionen verwickelt wird, die von D1 und dann von D2 verursacht werden, und jede Kollision für sich eine Neulackierung des Fahrzeugs nötig gemacht hätte, muss D1 für die Kosten der Lackierung aufkommen. D2 muss nicht für etwas zahlen, das V bereits benötigte[219].

F. Alternative Kausalität (Alternative causation)

5/106 Wenn entweder D1 oder D2 den V verletzt haben, jedoch nicht sicher ist, wer von beiden tatsächlich ursächlich ist, muss V normalerweise beweisen, dass der Beklagte, gegen den er gerichtlich vorgeht, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Verursacher seiner Verletzung ist. Im englischen Recht ist der klassische Beispielsfall folgender: V trinkt an seinem Arbeitsplatz Tee aus einem Behälter, der ohne sein Wissen von Unbekannten mit Arsen vergiftet worden ist. Nach anhaltendem Erbrechen begibt sich V in die Notfallaufnahme von Ds Spital. Der diensthabende Arzt weigert sich, ihn zu untersuchen, und V stirbt an Arsenvergiftung. Die Weigerung des Arztes ist keine Ursache seines Todes, da wenig oder gar keine Hoffnung bestand, dass zeitgerecht eine wirksame Behandlung vorgenommen werden konnte. D trifft daher keine Haftung[220].

5/107 In verschiedenen Rechtsordnungen des Common law haben Gerichte im Laufe der Zeit eine Anzahl von Ausnahmen vom but-for-Test in Fällen alternativer Kausalität zugelassen. Haftung wurde derart in Jäger-Fällen in Kanada[221] auferlegt und in Fällen von Mesotheliom durch Asbestbelastung in England[222]. Wenn V durch berufliche Asbestbelastung während gesonderter Beschäftigungszeiten bei D1 und D2 ein Mesotheliom entwickelt und ungewiss ist, ob das Mesotheliom durch Asbestbelastung bei einer einzigen Gelegenheit oder durch kumulative

218 *Performance Cars v. Abraham* [1962] 1 Q.B. 33.

219 *Performance Cars v. Abraham* [1962] 1 Q.B. 33.

220 *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management* [1969] 1 Q.B. 428. Im konkreten Fall war die Identität von D1 nicht bekannt, und das Verfahren betraf nur D2.

221 *Cook v. Lewis* [1951] Supreme Court Reports (S.C.R.) 830 (Supreme Court of Canada); siehe auch *Summers v. Tice* (1948) 33 California Reports, Second Series (Cal.2d) 80, 199 Pacific Reporter(P.) 2d 1 (California Supreme Court).

222 *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] U.K.H.L. 22, [2003] 1 A.C. 32; *Barker v. Corus (UK) plc* [2006] U.K.H.L. 20, [2006] 2 A.C. 572. Das House of Lords folgte ausdrücklich der Vorgangsweise des California Supreme Court in *Rutherford v. Owens-Illinois Inc.* (1997) 67 California Reporter (Cal. Rptr.) 2d 16, obwohl es sich dort um einen Anspruch gegen einen Asbesterzeuger und nicht um einen solchen gegen einen Arbeitgeber handelte.

Belastung während eines Zeitraums ausgelöst worden ist, sind D1 und D2 haftbar, V im Verhältnis ihres Beitrags zum Gesamtrisiko Schadenersatz zu leisten. Diese Haftung für »beträchtlichen Beitrag zum Risiko« (»material contribution to risk«) wurde erstmals ausdrücklich 2002 in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* anerkannt. Sie ist nicht auf Mesatheliom-Fälle beschränkt oder auf Fälle, in denen alle möglichen Ursachen der Verletzung deliktischer Natur sind (Fälle des unbestimmten Beklagten/»indeterminate defendant« scenario), sondern auch dann anwendbar, wenn mögliche Ursachen nichtdeliktische Faktoren inkludieren, einschließlich des eigenen Verhaltens von V[223]. Doch die Gerichte haben wiederholt betont, dass diese Haftung als Ausnahme betrachtet werden muss[224]. Die Grenzen der Ausnahme sind allerdings unklar, und bisher ist kaum versucht worden zu erklären, wie sie zur konsequenten Ablehnung von Ansprüchen wegen Verlustes einer Chance im englischen Recht passen soll[225], obgleich die Chance, eine Verletzung zu vermeiden, einfach das Gegenstück darstellt zum Risiko, eine Verletzung zu erleiden[226].

Bezüglich des Umfangs der Haftung wird in den Jägerfällen die übliche Regel **5/108** der Solidarhaftung (joint and several liability) angewandt, doch im Mesotheliom-Fall haben Gerichte der verhältnismäßigen Haftung den Vorzug gegeben[227]. Im englischen Leitfall hat das House of Lords erklärt, dass es unerheblich war, dass Mesotheliom eine unteilbare Verletzung war, da die Haftungsgrundlage in solchen Fällen die rechtswidrige Erzeugung eines Risikos oder einer Chance der Entwicklung eines Mesothelioms war[228]. Eine konsequente Vorgangsweise verlangte, dass die Haftung jedes Beklagten im Verhältnis zu dem von ihm oder ihr geschaffenen Risiko stehen sollte. Gerechtigkeitserwägungen indizierten ebenfalls diese Lösung, da eine Begünstigung des Klägers durch ausnahmsweisen Verzicht auf Anwendung des but-for-Tests eine potentielle Ungerechtigkeit gegenüber dem Beklagten bewirkte, die dadurch gemildert werden konnte, dass man seine Haftung auf einen verhältnismäßigen Anteil am Gesamtschaden beschränkte[229].

---

223 Siehe *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1 (nichtdeliktische Belastung durch schädlichen Ziegelstaub am Arbeitsplatz) und *Barker v. Corus,* oben (Asbestbelastung in Zeiträumen selbständiger Berufstätigkeit), wo Lord Hoffmann [13] *McGhee* als Fall von *Fairchild-Haftung »avant la lettre«* beschrieb.

224 Siehe zB *Barker v. Corus,* [1] per Lord Hoffman, und [57] per Lord Scott.

225 *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] A.C. 750; *Gregg v. Scott* [2005] U.K.H.L. 2, [2005] 2 A.C. 176.

226 *G. O. Robinson,* Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk (1985) 14 Journal of Legal Studies (J. Legal Stud.) 779, 793.

227 *Rutherford v. Owens-Illinois Inc* (1997) 67 Cal. Rptr.2d 16 (California Supreme Court); *Barker v. Corus* (House of Lords).

228 *Barker v. Corus,* [35] ff per Lord Hoffmann. Lord Scott und Lord Walker haben der Analyse Lord Hoffmanns ausdrücklich zugestimmt. Vgl Baroness Hale [120], die diese Analyse ausdrücklich ablehnt.

229 *Barker v. Corus,* [43] per Lord Hoffmann.

5/109 Durch den Compensation Act 2006, sec. 3 wurde Solidarhaftung für Mesotheliom-Fälle wiederhergestellt, allerdings nicht für andere Fälle, die unter die *»Fairchild-Ausnahme«* fielen. Eine vielleicht unbeabsichtigte Konsequenz der neuen Vorschrift besteht darin, dass ein Arbeitgeber für den Gesamtschaden des Klägers haftbar gemacht werden kann, sogar wenn die Asbestbelastung, die er verursacht hat, weit geringer war, als die der allgemeinen Umgebung[230].

5/110 »Marktanteilshaftung« (market-share liability) wird bislang nur in einer Minderzahl von US-Staaten anerkannt und ist von Gerichten in England oder anderen Commonwealth-Staaten noch nicht übernommen worden.

5/111 Ich habe jüngst eine Untersuchung der Unterschiede zwischen englischen und österreichischen Auffassungen von alternativer Kausalität unternommen und dabei folgende Ergebnisse erzielt[231]: Beide Systeme sind bereit, in (einigen) Fällen unsicherer alternativer Kausalität auf die normalen Anforderungen bezüglich des Nachweises der Verursachung zu verzichten – nicht nur im Fall alternativer Beklagter, sondern auch wenn alternative Kausalität mit einem zufälligen Ereignis auftritt. Beide Systeme greifen in einigen dieser Fälle auf verhältnismäßige Haftung zurück. Doch es existieren auch wichtige Unterschiede. Insbesondere beruht der österreichische Zugang zur alternativen Kausalität auf einer allgemeinen Theorie (potentielle Kausalität)[232], während der englische Zugang darin besteht, eine weithin untheoretische Ausnahme von den normalen Regeln zu bilden. Umgekehrt ist die Annahme verhältnismäßiger Haftung in England und Wales in einer gewissen Weise umfassender, denn sie wird dort auf den Fall des unbestimmten Beklagten ebenso wie auf Fälle alternativer Kausalität angewandt, in denen eine oder mehrere der möglichen Ursachen nichtdeliktischer Natur sind. Ein weiterer Unterschied liegt darin, wie Haftung ausgebildet ist: im österreichischen Recht als Abschwächung des Normalerfordernisses conditio sine qua non, im englischen Recht als Umdeutung des Schadens aus dem Blickwinkel des Risikos statt des Ergebnisses. Von entscheidender Bedeutung für das Verständnis der Schwierigkeit, die das englische Recht bei der Formulierung einer prinzipientreuen Vorgangsweise auf diesem Gebiet hat, ist der etablierte Beweisstandard – (the balance of probabilities/überwiegende Wahrscheinlichkeit) –, der aufgegeben werden muss, wenn verhältnismäßige Haftung angewandt werden soll, während dann, wenn ein Standard (sehr) hoher Wahrscheinlichkeit oder nahezu völliger Sicherheit angewandt wird, verhältnismäßige Haftung im Rahmen der Beweislastregeln stattfinden kann, da dort ein Zwischenbereich zwischen der Wahrscheinlichkeit existiert,

230 *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.* [2011] U.K.S.C. 10, wo 15 % der Gesamtbelastung deliktischer Natur und 85 % umweltbedingt war.

231 *K. Oliphant,* Alternative Causation: A Comparative Analysis of Austrian and English Law, in: Festschrift für H. Koziol (2010) 810 ff.

232 Basic Questions I Rz 1/27, 5/78 ff.

die für den Beweis von Kausalität erforderlich ist, und der Wahrscheinlichkeit, die erforderlich ist, um Kausalität zu widerlegen, wenn die Beweislast umgekehrt wäre. Hier könnte wohl verhältnismäßige Haftung angesiedelt werden, ohne dass der gewöhliche Beweisstandard verändert werden müsste. Wo der Beweisstandard »Übergewicht der Beweise« (preponderance of the evidence) lautet, gibt es keinen ähnlichen Zwischenbereich, weshalb die Anerkennung verhältnismäßiger Haftung – zumindest in einer Kategorie von Fällen – die Aufgabe des Normalstandards mit sich brächte[233].

G. Schadenersatz für Verlust einer Chance (Damages for loss of chance)[234]

Um die englische Betrachtungsweise von Schadenersatz für den Verlust einer Chance zu verstehen, muss zunächst eine Unterscheidung getroffen werden zwischen dem, was für die Entstehung eines Klagegrundes erforderlich und zu beweisen ist, und der darauffolgenden Bemessung des Ersatzes. Im Bemessungsstadium werden von den Gerichten routinemäßig und korrekt die jeweiligen Chancen prozentuell festgesetzt. Als eine 19jährige Studentin in einem Verkehrsunfall einen Hirnschaden erlitt und Schadenersatz für Verdienstentgang zugesprochen erhielt, ging der Court of Appeal von der Annahme aus, dass sie eine 50 %ige Chance hatte, sich für die angestrebte Karriere (Schauspielunterricht) zu qualifizieren und Beschäftigung zu erhalten, und sprach ihr Schadenersatz für den Verlust dieser Chance zu[235]. Solche Fälle stellen allerdings nicht »Verlust einer Chance im engeren Sinn« (»loss of chance proper«) dar, denn sie handeln von der Bemessung des Schadenersatzes und nicht von der Frage, ob der Verlust der Chance selbst als klagbares Delikt zu betrachten ist[236]. 5/112

Im Allgemeinen steht das englische Recht einem Schadenersatz für Verlust einer Chance im engeren Sinn ablehnend gegenüber. Eine Argumentation, die sich auf die Theorie des Verlusts einer Chance stützt, wird als unzulässiger Versuch betrachtet, die normalen Beschränkungen der Deliktshaftung und generell 5/113

233 *Oliphant* in: Koziol-FS 811 f.

234 *K. Oliphant,* Loss of Chance in English Law (2008) 16 European Review of Private Law (E.R.P.L.) 1061, insbesondere 1068 ff. Für andere Analysen siehe *A. Burrows,* Uncertainty about Uncertainty: Damages for Loss of a Chance [2008] Journal of Personal Injury Litigation (J.P.I.L.) 31; *H. McGregor,* Loss of chance: where has it come from and where is it going? (2008) 24 Professional Negligence (P.N.) 2; *J. Stapleton,* Cause in Fact and the Scope of Liability for Consequences (2003) 119 Law Quarterly Review (L.Q.R.) 388, 389–411.

235 *Doyle v. Wallace* [1998] P.I.Q.R. Q146. Siehe auch *Langford v. Hebran* [2001] E.W.C.A. Civ. 361, [2001] P.I.Q.R. Q13 (Verlust einer Karrierechance im professionellen Kickboxen.)

236 Siehe weiters *McGregor* (2008) 24 P.N. 5–6, doch beachte die Kritik an der Unterscheidung zwischen Klagegrund und Ersatzausmaß durch *Burrows* [2008] J.P.I.L. 42–3.

anwendbarer Beweismittel zu umgehen. Um eine Klage zu begründen, ist es normalerweise notwendig, jedes ihrer Elemente mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (on the balance of probabilities) zu beweisen. Liegt diese vor, so behandelt das Recht jede Unsicherheit in der Beweislage als beseitigt, und vom Schadenersatz wird kein Abzug vorgenommen, um die Möglichkeit einzukalkulieren, dass die Sache auch anders ausgehen hätte können. Wenn das Gericht feststellt, dass eine 75 %ige Chance bestand, dass A durch seine Fahrlässigkeit B verletzt hat, ist B zu vollem Schadenersatz für seine Verletzung berechtigt, nicht zu vollem Ersatz minus 25 %. Umgekehrt, wenn dem Kläger der Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht gelingt, hat er keinen Klagegrund, und sein Anspruch ist zur Gänze undurchsetzbar. Wenn daher nur eine 25 %ige Chance besteht, dass A durch seine Fahrlässigkeit B verletzt hat, erhält B keinerlei Ersatz, auch nicht 25 % eines fiktiven vollen Schadenersatzes.

5/114 Da sich das englische Recht hauptsächlich mit Haftung für körperliche Schäden (physical harms) beschäftigt, und Haftung für nicht-körperliche Schäden (non-physical harms, zB reine Vermögensschäden/pure economic loss) die Ausnahme bildet, muss der Kläger normalerweise eine physische Verletzung nachweisen, die durch das unrechtmäßige Verhalten des Beklagten verursacht wurde, und es ist ihm nicht gestattet, seinen Anspruch in einen für Verlust einer Chance umzuformulieren, die keine körperliche Existenz hat[237]. Haftung für Verlust einer Chance wird jedoch in jenen Ausnahmefällen anerkannt, in denen reiner Vermögensschaden (pure economic loss) als Klagebegründung ausreicht, da der Verlust einer Gewinnchance an sich einen Vermögensschaden darstellt[238]. Der Kläger begründet seine Klage mit der Wahrscheinlichkeit, dass er die Chance wegen des rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten verloren hat. Das Gericht unternimmt sodann die Bestimmung des Ersatzes, die (in Übereinstimmung mit normalen Prinzipien) eine prozentuelle Einschätzung dessen enthält, was sich ohne das deliktische Verhalten ergeben hätte. Der Geschädigte, der geltend macht, sein Anwalt habe fahrlässig die Verjährungsfrist für seinen Ersatzanspruch verstreichen lassen, erleidet einen klagbaren Verlust zum Datum des Erlöschens seines Anspruchs, und der zahlbare Ersatz ist proportional zu den nunmehr rein hypothetischen Erfolgschancen einer verjährten Klage.

5/115 Wenn Haftung anerkannt werden soll in einem echten Fall des Verlustes einer Chance in Verbindung mit einer körperlichen Verletzung, so muss dies als Ausnahme von den oben ausgeführten allgemeinen Prinzipien geschehen. Tatsächlich

237 So hat im Ergebnis das House of Lords im *Hotson-Fall* entschieden.

238 Siehe zB *Gregg v. Scott* [2005] 2 A.C. 176 [220] per Baroness Hale. Vgl [83] per Lord Hoffmann (in finanziellen Verlust-einer-Gewinnchance-Fällen »kann die Chance selbst als vermögenswerter Gegenstand betrachtet werden, wie ein Lotterielos«). Siehe ferner *B. Coote,* Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort (1988) 62 A.L.J. 761.

wurde die Möglichkeit einer solchen Ausnahme von Lord Bridge im *Hotson-Fall* anerkannt, und sie hat das House of Lords in *Gregg v. Scott* gespalten, mit (wie es scheint) zwei Law Lords pro, zwei contra und einer Enthaltung. In welchen Fällen könnte freilich ein Verlust-einer-Chance-Argument Erfolg haben, wenn es in beiden Leitentscheidungen auf Grund der Faktenlage abgelehnt worden ist? Um diese Frage zu beantworten, muss man drei verschiedene Situationen unterscheiden. In der ersten (a) ist der Zustand im Zeitpunkt der Fahrlässigkeit des Beklagten eingetreten, doch ist unsicher, ob er zu diesem Zeitpunkt irgendeine Chance hatte, die Verletzung zu vermeiden. Das war die Situation in *Hotson.* Die Unsicherheit ist eine reine Beweisfrage, nicht Teil des Zustandes des Klägers. In einem solchen Fall muss der Kläger beweisen, dass er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Chance hatte, im entsprechenden Zeitpunkt die Verletzung zu vermeiden. In der zweiten Situation (b) ist der Zustand des Klägers zum Zeitpunkt der Fahrlässigkeit bekannt, doch ist unsicher, wie sich dieser Zustand nachträglich entwickeln wird und/oder wie er auf die Behandlung, die er erhält, reagieren wird. Diese Unsicherheit dauert zur Zeit der Gerichtsverhandlung an. Das war die Situation in *Gregg v. Scott.* Da sich das Risiko der Verletzung noch nicht verwirklicht hat, und sich vielleicht nie verwirklichen wird, kann der Kläger mit dem Schadenersatzbegehren nicht durchdringen. Zuletzt in Fall (c) kommen wir zu einer Situation, die den Law Lords noch nicht vorgelegen ist. Wie in (b) ist der Zustand des Klägers zur Zeit der Fahrlässigkeit bekannt, doch besteht Unsicherheit bezüglich seines Zustands und/oder der Behandlung, die er erhält. Doch anders als in Fall (b) hat sich das Risiko der Verletzung realisiert und die Unsicherheit ist damit verschwunden. Dies wäre die Situation in *Gregg v. Scott* gewesen, wenn der Kläger vor der Verhandlung gestorben wäre. Ich bin der Meinung, dass in dieser ziemlich kleinen Fallgruppe Raum bleibt für die Anerkennung von Haftung für den Verlust einer Chance, obwohl es keineswegs sicher erscheint, dass die Gerichte einen solchen Schritt setzen werden, sollte sich die Gelegenheit dazu ergeben. Sie haben jedoch in letzter Zeit in anderen Zusammenhängen bewiesen, dass sie willens sind, innovative Lösungen für Probleme kausaler Unbestimmtheit zu finden[239], und die Möglichkeit weiterer Innovation kann nicht völlig ausgeschlossen werden.

239 Siehe insbesondere *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2003] 1 A.C. 32.

Teil 6 Die Haftungsgründe

I. Einleitende Bemerkungen

5/116 In geringfügiger Abweichung von *Koziols* Terminologie möchte ich diesen Abschnitt »Haftungsgründe« nennen, denn diese Formulierung zeigt, dass die Untersuchung alternativen Grundlagen gilt, auf denen eine Person für den Schaden haftbar sein kann, den ein anderer erlitten hat. Diese Formulierung ist *Koziols* Titel »Zurechnungselemente« vorzuziehen, da Letzterer eine Liste von Punkten suggeriert, die *notwendige* Bestandteile eines Anspruchs bilden. Das ist jedoch bei den unten erörterten Punkten nicht der Fall.

II. Rechtswidrigkeit (Wrongfulness)

A. Damnum sine iniuria

5/117 »Die Welt ist voll von Schäden, für welche die Rechtsordnung keine Abhilfe bereithält«[240]. Eine Person mag Verlust oder Schaden erleiden und doch keinen deliktischen Rechtsbehelf erhalten, da ihre Rechte nicht in einer Weise beeinträchtigt worden sind, die von der Rechtsordnung als rechtswidrig (wrongful) betrachtet wird, mit dem Ergebnis, dass sie rechtlich betrachtet keine Verletzung erlitten hat[241]. Diese Lehre ist im lateinischen Satz *damnum absque iniuria* ausgedrückt. Ein Unternehmer kann ungehemmt einen anderen konkurrenzieren, sofern er sich innerhalb der Rechtsvorschriften bewegt, auch wenn er die Strategie verfolgt, den Rivalen aus dem Geschäft zu verdrängen[242]. Im Common law trifft einen Grundstückseigentümer keine Haftung, wenn er auf seiner Liegenschaft ein Bauwerk errichtet, das die schöne Aussicht stört, die der Nachbar bislang genossen hat[243]. Und es gibt auch keine Haftung für die Verführung des Ehegatten, der Ehegattin oder des Partners einer anderen Person. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass nach englischem Recht kein Schadenersatz für den Tod einer

240 *D v. East Berkshire Community Health NHS Trust* [2005] U.K.H.L. 23, [2005] 2 A.C. 37, [100] per Lord Rodger of Earlsferry.
241 Siehe auch *Day v. Brownrigg* (1878) 10 Ch. D. 294, 304 per Jessel MR; *Mayor of Bradford v. Pickles* [1895] A.C. 587, 601 per Lord Macnaghten.
242 *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow & Co.* [1892] A.C. 25.
243 *Bland v. Moseley* (unveröffentlicht, 1587).

Person *per se* zugesprochen werden kann[244], oder für den erwarteten Todeseintritt einer Person als Folge einer Körperverletzung (im Gegensatz zu Schmerzengeld für das Bewusstsein einer verminderten Lebenserwartung)[245].

B. Wodurch wird die Schadenszufügung rechtswidrig?

Es gibt keine generelle Antwort auf die Frage, was die Zufügung eines Schadens **5/118** nach englischem Recht rechtswidrig (wrongful) macht. Man könnte nur (tautologisch) sagen, dass der Schaden unter solchen Umständen eintreten muss, in denen die Elemente einer Deliktsklage vorliegen. In dieser Perspektive wird Verschulden (fault) als ein Aspekt der Rechtswidrigkeit (wrongfulness) betrachtet, und englische Juristen behandeln häufig die beiden Gedanken als auswechselbar. Bei richtigem Verständnis gibt es allerdings Aspekte von Rechtswidrigkeit, die über die Frage hinausreichen, ob im Sachverhalt Verschulden vorliegt. Im Bereich der Wirtschaftsdelikte (economic torts) genügt es zB nicht, dass der Kläger zeigt, dass ihm der Beklagte vorsätzlich wirtschaftlichen Schaden zugefügt hat, denn Haftung entsteht nur, wenn der Beklagte die Verletzung eines Rechtes bewirkt (das zB aus einem Vertrag hervorgeht), das der Kläger unabhängig genoss, oder wenn der Beklagte unabhängig rechtswidrige Mittel anwendete (zB Drohungen zwecks Einschüchterung), um den Schaden zu verursachen[246]. Und um allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit zu bewirken, muss bewiesen werden, dass der Schaden durch Verletzung einer Pflicht herbeigeführt wurde, die der Beklagte dem Kläger schuldete. Die Betrachtung konzentriert sich auf das Verhalten des Beklagten und stellt die Frage, ob dieses gegenüber dem Kläger fahrlässig war. Doch die Beurteilung, ob der Beklagte dem Kläger eine Sorgfaltspflicht schuldete oder nicht, und ob die geschuldete Pflicht sich auf den vom Kläger erlittenen Schaden erstreckte, hat Bezug auf alle Umstände des Falles, einschließlich des tatsächlich erlittenen Schadens. Letztlich muss das Gericht beurteilen, ob es im Licht der Vorhersehbarkeit des Schadens und der Nähe der Beziehung der Parteien fair, gerecht und vernünftig (fair, just and reasonable) erscheint, dem Beklagten eine Sorgfaltspflicht aufzuerlegen[247].

244 *Admiralty Commissioners v. Owners of Steamship Amerika* [1917] A.C. 38.
245 Administration of Justice Act 1982, sec. 1.
246 Siehe allgemein *K. Oliphant,* Economic Torts, in: derselbe, The Law of Tort^2 (2007).
247 *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

C. Die de-minimis-Regel

5/119 Zusätzlich findet im englischen Recht eine *de-minimis-Regel* Anwendung, nach der unerwünschte körperliche Änderungen an Person oder Eigentum des Klägers nur dann als klagbarer Schaden behandelt werden, wenn sie eine bestimmte Schwelle überschreiten. Als zB eine Gruppe von Klägern als Folge von Asbestbelastung Pleuraplaques entwickelte (fibroses Bindegewebe am Brustfell), haben Gerichte entschieden, dass dadurch kein klagbarer Schaden entstanden sei. Obwohl Pleuraplaques ein erhöhtes Risiko im Hinblick auf die künftige Entwicklung anderer asbestbezogener Zustände (zB Asbestose oder Mesotheliom) indizieren, seien die Plaques für sich allein nicht schädlich und würden auch für sich allein nicht die Entwicklung dieser anderen Zustände verursachen[248].

D. Unterlassungen (Omissions)

5/120 Das Common law geht von der Position aus, dass es im Allgemeinen keine Haftung für Unterlassungen gibt, oder anders ausgedrückt, dass keine Pflicht existiert, aktiv tätig zu werden, um den Eintritt von Schaden bei einem anderen zu verhindern. Es genügt für die Entstehung einer solchen Pflicht nicht, dass der anderen Person eine Gefahr ernsthafter Schädigung droht, die der Beklagte leicht abwenden könnte, oder sogar, dass dies im allgemeinen Interesse läge[249]. Diese Auffassung erscheint eng im Vergleich zu den meisten europäischen Rechtsordnungen[250], sie wird jedoch als wirksamster Weg zur Maximierung individueller Handlungsfreiheit gerechtfertigt, die gefährdet wäre, sollten diesen Individuen beschwerliche positive Pflichten auferlegt werden[251]. Eine andere Rechtfertigung der allgemeinen Haftungsfreistellungsregel ist die pragmatische Befürchtung, dass es keinen Grund geben könnte, einen bestimmten Beklagten eher für Schaden haften zu lassen, den er verhindern hätte können, als all jene anderen Personen, die genauso in der Lage gewesen wären, tätig zu werden[252].

248 *Rothwell v. Chemical & Insulating Co. Ltd., Re Pleural Plaques Litigation* [2007] U.K.H.L. 39, [2008] 1 A.C. 281.

249 *Sutradhar v. National Environment Research Council* [2006] 4 All E.R. 490, wo das House of Lords entschied, dass eine von der britischen Regierung geförderte Untersuchung der Trinkwasserqualität in Bangladesh keine Sorgfaltspflicht der Wissenschafter gegenüber der Bevölkerung dieses Landes bewirkt hat, wonach eine Haftung begründet worden wäre für eine größere Umweltkatastrophe durch Verunreinigung von Trinkwasser mit Arsen, die Millionen von Bangladeshis gefährdet hat.

250 Basic Questions I Rz 6/45.

251 *J. C. Smith/P. Burns, Donoghue v. Stevenson* – The Not So Golden Anniversary (1983) 46 M.L.R. 147.

252 *Stovin v. Wise* [1996] A.C. 923, 944 per Lord Hoffmann.

Als Ausnahme von der allgemeinen Regel kann jedoch auf Grund bestimmter Tatsachen eine Pflicht zu positivem Handeln entstehen. Es gibt keine feste Liste von Umständen, die eine solche Pflicht entstehen lassen, doch folgende Kategorien werden in der Literatur anerkannt: die vorangegangene Schaffung einer Gefahrenquelle durch den Beklagten (selbst ganz ohne dessen Verschulden); die Übernahme der Sorge für das Wohl des Klägers durch den Beklagten[253]; die Ausübung eines Amtes oder einer verantwortlichen Stellung durch den Beklagten (zB als Elternteil oder als Arbeitgeber des Klägers)[254]; oder das Eigentum an einer Liegenschaft[255]. **5/121**

E. Reiner Vermögensschaden (Pure economic loss)

Im englischen Recht gilt für reinen Vermögensschaden ein allgemeiner Haftungsausschluss. Diese Vorgangsweise wird auf verschiedene Gründe zurückgeführt[256]: die Angst, dass Haftung auf eine unbestimmte Gruppe von Klägern ausgeweitet werden könnte, mit unbestimmten Beträgen, wodurch dem Beklagten eine unangemessene Last auferlegt würde[257]; den geringeren Wert von Vermögensinteressen gegenüber Rechten an Personen oder Sachen[258]; die Erwägung, dass viele reine Vermögensschäden nicht gesellschaftliche Kosten sind, sondern nur einen Reichtumstransfer von einer Person auf eine andere darstellen[259]; die Meinung, dass Vermögensschäden wirksamer auf die Gesellschaft verteilt werden, wenn man sie dort liegenlässt, wohin sie gefallen sind, statt sie auf den Beklagten zu konzentrieren[260]; die Meinung, dass wirtschaftliche *Risken* wirksamer auf die **5/122**

253 Siehe zB *Kent v. Griffiths* [2001] Q.B. 36 (Krankentransportdienst). Allerdings übernimmt eine Feuerwehreinheit, die auf einen Notruf hin ausrückt, keine Verantwortung gegenüber der Person, deren Objekt in Brand steht, denn das könnte einen Interessenkonflikt mit der Verantwortung der Feuerwehr gegenüber der Allgemeinheit bewirken: *Capital & Counties plc v. Hampshire County Council* [1997] Q.B. 1004. Die Feuerwehr hat nicht einmal eine Pflicht, auf den Notruf *zu reagieren* (ebendort).

254 Siehe zB *Barnes v. Hampshire County Council* [1969] 1 W.L.R. 1563 (Pflicht einer Lehrerin gegenüber einem kleinen Kind unter ihrer Aufsicht).

255 Kraft Gesetzes hat der Besitzer einer Liegenschaft eine Sorgfaltspflicht bezüglich der Gefahren, die aus Handlungen oder Unterlassungen auf der Liegenschaft entstehen (things done *or omitted to be done* on the land): Occupiers' Liability Act 1957 (Besucher); Occupiers' Liability Act 1984 (Nicht-Besucher).

256 Für einen kritischen Überblick siehe *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 S.C.R. 1021, 1147 ff per McLachlan J.

257 *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, 536 f per Lord Pearce; *Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.* [1973] Q.B. 27, 38 per Lord Denning.

258 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 S.C.R. 1021, 1158 ff per McLachlan J (dubitante).

259 *W. Bishop,* Economic Loss in Tort (1982) 2 Oxford Journal of Legal Studies (O.J.L.S.) 1.

260 *Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.* [1973] Q.B. 27, 38 per Lord Denning.

Gesellschaft verteilt werden, wenn man diese Aufgabe einer Risikozuweisung im Verhandlungsweg den betroffenen Parteien überlässt[261]; und das Fehlen jedes Rechtes, wirtschaftlichen Gewinn zu machen, das als beeinträchtigt angesehen werden könnte, wenn dem Beklagten ein Vermögensschaden zugefügt wird[262].

5/123 Diese Vorgangsweise gilt nicht nur in Fällen, in denen der erlittene Vermögensschaden völlig unabhängig von einem Personen- oder Sachschaden eintritt, sondern auch wo er nur wegen einer Verletzung einer Person[263] oder Sache[264] eines anderen erlitten wird (»relational economic loss«). Eine gesetzliche Ausnahme ist im Fatal Accidents Act 1976 vorgesehen für Ansprüche aus Verlust von Unterhalt durch den Tod einer anderen Person, obgleich der Anspruch nur einer begrenzten Zahl von Angehörigen offensteht, einschließlich Aszendenten, Deszendenten, Ehepartnern und (unter bestimmten Bedingungen) unverheirateten Lebenspartnern.

5/124 Eine weniger drastische Vorgangsweise betrifft vorsätzliche Zufügung von Vermögensschaden, obwohl das Recht nicht so weit geht, Haftung einfach auf den Vorsatz wirtschaftlicher Schädigung oder unfaires Verhalten zu stützen. Statt dessen ist der Beweis erforderlich, dass der Schaden durch die Verletzung der (vertraglichen oder sonstigen) Rechte des Klägers[265] oder durch die Verwendung unabhängig davon rechtswidriger Mittel durch den Beklagten verursacht worden ist[266].

5/125 Haftung für fahrlässige Zufügung von reinem Vermögensschaden kann entstehen, wenn der Beklagte (außervertraglich) Verantwortung gegenüber dem Kläger übernommen hat[267], sowie in bestimmten anderen, bislang eng begrenzten Situationen, die sich um diesen Hauptfall gebildet haben[268]. Ein breiterer Zugang wurde in einigen Commonwealth-Rechtsordnungen eröffnet, insbesondere im Zusammenhang mit relational economic loss (Drittschaden)[269] und Kosten, die auf Mängel erworbener Sachen zurückgeführt werden können[270].

---

261 *C. Witting,* Distinguishing between Property Damage and Pure Economic Loss in Negligence: A Personality Thesis (2001) 21 L.S. 481.

262 *Beever,* Rediscovering the Law of Negligence 232 f; *Stevens,* Torts and Rights 21.

263 *West Bromwich Albion FC Ltd. v. El Safty* [2006] E.W.C.A. Civ. 1299, [2007] P.I.Q.R. P7.

264 *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27.

265 *Lumley v. Gye* (1853) 2 Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports (E. & B.) 216.

266 *OBG Ltd. v. Allan* [2008] 1 A.C. 1.

267 *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465.

268 Siehe zB *Smith v. Eric S. Bush* [1990] A.C. 831 (Schätzung im Auftrag einer Baugenossenschaft; Haftung gegenüber dem Wohnungskäufer); *Spring v. Guardian Assurance* [1995] 2 A.C. 296 (ungünstiges Dienstzeugnis); *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207 (Fahrlässigkeit bei der Abfassung eines Testaments; Haftung gegenüber dem beabsichtigten Begünstigten).

269 Australia: *Perre v. Apand Pty Ltd.* (1999) 198 Commonwealth Law Reports (C.L.R.) 180. Canada: *Canadian National Railway Co v. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 S.C.R. 1021.

270 Australia: *Bryan v. Maloney* (1995) 182 C.L.R. 609; New Zealand: *Invercargill C. C. v. Hamlin* [1994] 3 New Zealand Law Reports (N.Z.L.R.) 13; Canada: *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co.* (1995) 121 Dominion Law Reports (D.L.R.) (4th) 193 (Haftungsbeschränkung auf Kosten der Behebung gefährlicher Mängel). Vgl die englischen Fälle *D. & F. Estates v. Church Comrs* [1989] A.C. 177; *Murphy v. Brentwood D.C.* [1991] 1 A.C. 398.

In diesem Bereich ist gerade englischen Gerichten der Vorwurf gemacht worden, sie seien ziemlich prinzipienlos vorgegangen, und zwar auf der Grundlage von Analogie zu etablierten Haftungsfallgruppen statt mit überzeugender juristischer Argumentation. *Stapleton* hat deshalb in einer Serie von Aufsätzen empfohlen, die »Fallgruppen«-Methode durch einen Katalog rechtspolitischer Anliegen zu ersetzen, den die Gerichte ausdrücklich ansprechen sollten: (a) das Fehlen oder die Kontrollierbarkeit der Gefahr unbeschränkter Haftung; (b) die Unzulänglichkeit alternativer Schutzmechanismen; (c) dass der Bereich nicht eher dem Parlament zur Regelung überlassen werden sollte; (d) dass eine bestehende Pflicht keine Umgehung einer expliziten Risikoverteilungsvereinbarung erlauben würde, die der Kläger akzeptiert hatte[271]. Die empfohlene Vorgangsweise erinnert ein wenig an die von *Koziol* in seinen Basic Questions vorgeschlagenen »10 commandments of liability for economic loss«[272]. **5/126**

III. Verschulden (Fault)

A. Verschulden allgemein

Mit Ausnahme jener Delikte, die den Beweis vorsätzlichen Verhaltens (intentional conduct) fordern, kann »Verschulden« (fault) im englischen Recht mit Fahrlässigkeit (negligence) gleichgesetzt werden, wobei sich dieser Ausdruck auf die Art bezieht, in der ein Delikt begangen werden kann, und nicht auf das besondere Delikt dieses Namens. Die klassische Definition wurde von Baron *Alderson* 1856 in *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* formuliert: »Fahrlässigkeit ist die Unterlassung, das zu tun, was ein vernünftiger Mensch (reasonable man), geleitet von Erwägungen, die normalerweise die Beziehungen von Menschen untereinander regeln, tun würde, oder das zu tun, was ein umsichtiger und vernünftiger Mensch (prudent and reasonable man) nicht tun würde«[273]. **5/127**

Aus *Aldersons* Bezugnahme auf den »reasonable man« geht deutlich hervor, dass im englischen Recht ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff Anwendung findet. Er »eliminiert das persönliche Element und ist unabhängig von den Eigenheiten **5/128**

271 *J. Stapleton,* Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda (1991) 107 L.Q.R. 249; *J. Stapleton,* Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence (1995) 111 L.Q.R. 301; *J. Stapleton,* Duty of Care Factors: A Selection from the Judicial Menus, in: P. Cane/J. Stapleton (Hrsg), The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming (1998). Siehe auch *P. Giliker,* Revisiting Pure Economic Loss: Lessons to be Learnt from the Supreme Court of Canada (2005) 25 L.S. 49.

272 Basic Questions I Rz 6/62 ff.

273 (1856) 11 Exchequer Reports (Ex.) 781, 784.

des Individuums, dessen Verhalten zu prüfen ist«[274]. Er macht keine Konzessionen an den Mangel von Fertigkeiten, Fähigkeiten, Kenntnissen oder Sachkunde (skill, ability, knowledge or expertise) auf seiten des Beklagten, wie sie von jemandem erwartet werden, der eine entsprechende Tätigkeit ausübt, auch wenn der Beklagte sich im Lernstadium befindet[275] – und obwohl jede Fertigkeit irgendwann durch Lernen und Praxis erworben werden muss. Stattdessen ist die Überlegung, ob (wie gewöhnlich formuliert wird) das dem Beklagten anlastbare Risiko unvernünftig (unreasonable) war im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung, die Schwere des voraussichtlichen Schadens im Fall seines Eintritts, die Kosten des Beklagten für vorbeugende Maßnahmen zur Vermeidung oder Verringerung des Risikos, und auf den gesellschaftlichen Wert der unternommenen Tätigkeit (sofern vorhanden) – all diese Faktoren bewertet aus der Perspektive einer vernüftigen Person in der Situation des Beklagten[276]. Unter sonst gleichen Umständen muss deshalb mehr Sorgfalt in Angelegenheiten aufgewendet werden, die besonders geneigt sind, Schaden zu verursachen, oder die ein Risiko besonders schwerwiegender Schäden bergen, selbst wenn die Realisierung dieses Risikos unwahrscheinlich ist.

5/129 Wie *Honoré* feststellt, ist das Ergebnis einer solchen Vorgangsweise die Auferlegung von strikter Haftung (strict liability), dh Haftung ohne (moralisches) Verschulden, wenn der Beklagte physisch oder psychisch nicht in der Lage ist, den Standard einer vernünftigen Person zu erreichen[277]. Er verteidigt dieses Ergebnis jedoch mit dem Hinweis auf seine Theorie der »outcome responsibility«, in der er behauptet, dass die Auferlegung von Haftung ohne moralische Schuld als Mittel gerechtfertigt werden könnte, die moralische Verantwortung des Individuums für seine Handlungen und ihre Folgen zu stärken. Einen Mangel an Fähigkeit oder Erfahrung als Entschuldigungsgrund gelten zu lassen, würde den Status des Rechtssubjekts als moralisch handelnde Person untergraben, denn es würde bedeuten, dass die Fähigkeit, den Interessen anderer in vernünftiger Weise Rechnung zu tragen, nicht mehr als wesentlicher Bestandteil rechtlicher Persönlichkeit angesehen werden könnte. Deshalb sollten nur jene, von denen normalerweise nicht erwartet werden kann, dass sie diesen grundsätzlichen Verhaltensstandard erreichen können, von seiner Beachtung ausgenommen werden.

274 *Glasgow Corporation v. Muir* [1943] A.C. 448, 457 per Lord Macmillan.
275 *Nettleship v. Weston* [1971] 2 Q.B. 691 (Fahrschüler).
276 *M. Lunney/K. Oliphant,* Tort Law: Text & Materials[5] (2013) Abschnitt 4.
277 *T. Honoré,* Responsibility and Luck (1988) 104 L.Q.R. 530.

B. Kinder[278]

Im englischen Recht gibt es kein fixes Mindestalter, das ein Kind erreichen muss, um aus Delikt zu haften[279]. Doch gilt als allgemeine Voraussetzung für Deliktshaftung, dass der Beklagte »willentlich« gehandelt hat[280], wodurch offenbar eine gewisse Willensfähigkeit gefordert wird, die einem sehr kleinen Kind fehlen mag[281]. Das scheint der Auffassung in anderen Rechtssystemen zu ähneln, wo eine erforderliche Einsichtsfähigkeit Voraussetzung für die Annahme von Verschulden ist[282]. Doch es sollte beachtet werden, dass eine Feststellung, der Beklagte habe nicht willentlich gehandelt, Haftung für alle Delikte ausschließt, auch für verschuldensunabhängige, zumindest solche, die auf das Verhalten des Beklagten selbst abstellen. **5/130**

Bei älteren Kindern lautet die Frage einfach, ob der Beklagte – unabhängig von seinem Alter – die Voraussetzungen des entsprechenden Delikts erfüllt hat, zB ob das Kind die Folgen seiner Handlungen beabsichtigt oder vorhergesehen hat, oder ob es dem geforderten Sorgfaltsmaßstab entsprochen hat. Dies ist der Verhaltensmaßstab eines vernünftigen Kindes im Alter des Beklagten[283]. Das Alter des Kindes kann somit entscheidend sein bei der Beurteilung, ob die Verletzung des Klägers vorhersehbar war oder nicht als »echtes Risiko« des Verhaltens des Beklagten[284], und auch bei der Feststellung, welche Vorkehrungen gegen das Verletzungsrisiko der Beklagte vernünftigerweise hätte treffen sollen[285]. **5/131**

Es gibt keine förmliche Regel, wonach Kinder einem höheren Sorgfaltsmaßstab entsprechen müssen, wenn sie »Erwachsenentätigkeiten« ausüben[286]. Allerdings ist in manchen Situationen, in denen ein Kind die Tätigkeit eines Erwachsenen ausübt, die Sorgfalt, die von ihm verlangt wird, praktisch dieselbe wie diejenige, die von einem Erwachsenen gefordert wird. Ein siebzehnjähriger **5/132**

---

278 Siehe allgemein *K. Oliphant,* Children as Tortfeasors under English Law, in: M. Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law, Band 1: Children as Tortfeasors (2006). Grundsätzlich könnte die bei Kindern praktizierte Vorgangsweise auch auf Erwachsene vorgerückten Alters angewandt werden, doch ich kenne keine nennenswerte Judikatur oder akademische Diskussion zu dieser Frage.

279 Vgl die gegenteilige Auffassung der meisten Gerichte in den USA, siehe Prosser on Torts[5] 180.

280 *Smith v. Stone* (1647) Style's King's Bench Reports (Style) 65, 82 E.R. 533; *Public Transport Commission v. Perry* (1977) 137 C.L.R. 107.

281 *Tillander v. Gosselin* [1967] 1 The Ontario Reports (O.R.) 203, Ontario High Court (dreijähriger Bub). Die Frage ist bisher in keiner englischen Gerichtsentscheidung angesprochen worden.

282 Basic Questions I Rz 6/76 ff.

283 *Mullin v. Richards* [1998] 1 W.L.R. 1304. Siehe auch *Staley v. Suffolk County Council,* 26 November 1985, unveröffentlicht. In *Gorely v. Codd* [1967] 1 W.L.R. 19, einem weiteren Fall fahrlässiger Schussverletzung, machte Nield J. einen sechzehnjährigen Beklagten mit Lernschwierigkeiten verantwortlich ohne zu erwägen, welcher Sorgfaltsmaßstab angemessen war.

284 Ebendort.

285 Vgl *Goldman v. Hargrave* [1967] 1 A.C. 645 (die körperlichen Fähigkeiten eines Erwachsenen sind in Betracht zu ziehen).

286 Eine gegenteilige Auffassung vertreten Gerichte in den USA, siehe Prosser on Torts[5] 181–2.

Kraftfahrzeuglenker schuldet zweifellos dieselbe Sorgfalt wie ein erwachsener Lenker[287], und es ist argumentiert worden, dass sogar ein Kind unter 17, das auf Grund seines Alters von Rechts wegen keine öffentliche Straße befahren darf, nach demselben Standard beurteilt werden darf, wenn es ein Fahrzeug lenkt (gleichgültig ob auf einer öffentlichen Straße oder nicht) und ein ausreichendes Verständnis der erforderlichen Sorgfalt hat[288]. Es ist zu beachten, dass der Sorgfaltsmaßstab jener eines durchschnittlich vernünftigen Kindes im Alter des Beklagten bleibt. Lediglich die Schritte zur Erfüllung dieser Pflicht sind dieselben wie jene, die von einem Erwachsenen verlangt werden. Ein anderes Ergebnis mag dann gerechtfertigt erscheinen, wenn das Kind zur Vornahme einer Erwachsenentätigkeit durch die Umstände gezwungen wird – etwa wenn ein Kind in einem geparkten Kraftfahrzeug zurückgelassen wird, dessen Handbremse versagt, wodurch es bergab rollt, und das Kind vergeblich versucht, das Fahrzeug um ein Hindernis herumzusteuern, bevor es dieses zu zum Halten bringt.

IV. Haftung für andere Personen und für Sachen

5/133 Haftung für andere Personen und für Sachen beruht normalerweise auf persönlichem Verschulden des Beklagten – zB mangelhafter Beaufsichtigung eines kleinen Kindes[289], oder von Pferden[290]. Gehilfenhaftung macht einen Dienstgeber haftbar für ein Delikt seines Dienstnehmers im Rahmen seines Dienstverhältnisses: diese Haftung ist unabhängig von persönlichem Verschulden des Dienstgebers, doch (im Normalfall) wird Verschulden des Dienstnehmers gefordert. Die Rechtfertigungen dieser Haftung sind ziemlich kontrovers, doch wird allgemein anerkannt, dass sie auf einer Kombination verschiedener Erwägungen beruhen, einschließlich effizienter Verlustverteilung, der Verfügbarkeit einer gerechten und praktikablen Maßnahme, die verhindert, dass die verletzte Person keinen Ersatz erhält, und – da der Dienstgeber wählen kann, wen er anstellt, und Kontrolle über das Geschehen hat – der Prävention künftiger Schadenszufügung[291]. Gehilfenhaftung

---

287 Siehe *Tauranga Electric-Power Board v. Karora Kohu* [1939] N.Z.L.R. 1040 (New Zealand Court of Appeal): siebzehnjähriger Motorradfahrer.

288 *A. Mullis/K. Oliphant,* Torts^4 (2011) 110 (Beispiel eines fünfzehnjährigen Rowdys, der ein Auto auffrisiert und damit wegfährt). Siehe auch *McEllistrum v. Etches* (1956) 6 D.L.R. (2d) 1 und *McErlean v. Sarel* (1987) 61 O.R. (2d) 396 (beide Ontario Court of Appeal).

289 *Carmarthenshire C.C. v. Lewis* [1955] A.C. 549.

290 *Haynes v. Harwood* [1935] 1 K.B. 146.

291 *G. Williams,* Vicarious Liability and the Master's Indemnity (1957) 20 M.L.R. 220; *P. S. Atiyah,* Vicarious Liability (1967); *Bazley v. Curry* (1999) 174 D.LR. (4th) 45 (Supreme Court of Canada. »Fairness« beruht in diesem Zusammenhang auf dem Gedanken der Unternehmensverantwortung [ebendort]).

betrifft allerdings nicht Eltern bezüglich der Delikte ihrer Kinder, oder Personen, die andere beauftragen, sie bei bestimmten Aufgaben zu unterstützen, sei es unentgeltlich oder gegen Bezahlung[292]. Doch wo der Beklagte eine andere Person autorisiert, ein Delikt zu begehen, oder sich mit einer anderen Person zur Erreichung eines gemeinsames Zieles verbindet, und letztere zu diesem Zweck ein Delikt begeht, kann der Beklagte als Mittäter haftbar werden – obgleich ihn kein Verschulden trifft, und er den entstehenden Schaden nicht verursacht hat.

Im Common law gab es keine verschuldensunabhängige Haftung für Halter von Sachen, mit Ausnahme gefährlicher Tiere (für welche die Haftung nunmehr gesetzlich geregelt ist)[293]. Verschuldensunabhängige Haftung (strict liability) für mangelhafte Produkte wurde im Gefolge der Europäischen Richtlinie durch den Consumer Protection Act 1987 dem Produzenten auferlegt und (innerhalb bestimmter Grenzen) dem Lieferanten. **5/134**

V. Gefährdungshaftung für gefährliche Tätigkeiten (Strict liability for dangerous activities)

Nach dem berühmten Rechtssatz in *Rylands v. Fletcher*[294] ist eine Person, die auf ihrem Grundstück besonders gefährliche Tätigkeiten ausübt, ihrem Nachbar haftbar, wenn sich die Gefahr auswirkt und dessen Grundstück Schaden zufügt. Der Rechtssatz ist so vielen Einschränkungen unterworfen worden[295] – von denen viele offenbar dem Bestreben entsprechen, den Anwendungsbereich von verschuldensunabhängiger Haftung so weit wie irgend möglich zu beschränken – dass er praktisch irrelevant geworden ist. Englische Gerichte haben sich bislang geweigert, den Rechtssatz gänzlich abzuschaffen[296], doch in Australien ist er – als auf eine Art »nicht-delegierbarer Pflicht« gegründet[297] – in das allgemeine Fahrlässigkeitsrecht eingegliedert worden. **5/135**

Das englische Recht nimmt in Europa eine beinahe einzigartige Sonderstellung ein, indem es für Verkehrsunfälle weiterhin an der Verschuldenshaftung festhält. Obwohl manchmal behauptet wird, dass ein so hoher Sorgfaltsmaßstab Anwendung finde, dass beinahe derselbe Effekt erzielt werde wie in einem System **5/136**

292 *Morgans v. Launchberry* [1973] A.C. 127.
293 Animals Act 1971.
294 (1866) L.R. 1 Exch. 265, (1868) L.R. 3 H.L. 330.
295 Siehe *Oliphant,* Enterprise Liability.
296 Siehe *Transco plc v. Stockport Metropolitan B.C.* [2004] 2 A.C. 1.
297 *Burnie Port Authority v. General Jones Pty Ltd.* (1994) 179 C.L.R. 520.

der Gefährdungshaftung[298], habe ich persönlich den Eindruck, dass dies nicht der Fall ist, wenngleich es schwierig erscheint sich vorzustellen, welche Art von Beweis für eine wissenschaftliche Entscheidung in dieser Angelegenheit erforderlich wäre.

VI. Erlaubter Eingriff (Permitted interference)

5/137 Das Common law kennt keine Haftung für Schaden, der durch eine gesetzlich erlaubte Tätigkeit bewirkt worden ist[299]. Eine bloße Planungserlaubnis hat allerdings nicht dasselbe Gewicht, und wirkt nicht als Einwendung gegen Deliktshaftung, obwohl ihre Einräumung relevant für die Beurteilung sein kann, ob die normalen Voraussetzungen des Delikts vorliegen[300]. Wie oben (Rz 5/39 ff) angeführt, kann einer Person gestattet sein, ein deliktisches Verhalten fortzusetzen, wenn das Gericht in Ausübung seines Ermessens es ablehnt, das Verhalten durch einstweilige Verfügung zu untersagen. Unter solchen Umständen gibt es eine gesetzliche Befugnis, für künftige Eingriffe, welche die betroffene Person erleidet, Schadenersatz zuzusprechen. Doch hier handelt es sich um Haftung für rechtswidriges Verhalten, das *geduldet* wird, und nicht für tatsächlich erlaubtes Verhalten.

VII. Weitere Überlegungen (Other considerations)

5/138 Vielleicht weil der Anwendungsbereich (echter) verschuldensunabhängiger Haftung (strict liability) im englischen Recht so eng ist, haben Faktoren wie wirtschaftliche Fähigkeit, den Schaden zu tragen, Verfügbarkeit von Versicherung und der Begriff der Risikogemeinschaft keinen nennenswerten Einfluss auf die juristische Diskussion. Ihre Erörterung ist im Wesentlichen auf Zusammenhänge wie Gehilfenhaftung[301] und Produkthaftung[302] beschränkt.

---

298 Basic Questions I Rz 6/145.

299 *London, Brighton and South Coast Rly v. Truman* (1886) 11 A.C. 45.

300 *Gillingham B.C. v. Medway (Chatham) Dock Co. Ltd.* [1993] Q.B. 343; *Wheeler v. J.J. Saunders Ltd.* [1996] Ch. 19.

301 Siehe zB *D. Brodie,* Enterprise Liability and the Common Law (2010).

302 Siehe zB *J. Stapleton,* Product Liability (1994).

VIII. Mitwirkendes Verhalten des Geschädigten (Contributory conduct of the victim)

Bis 1945 hatte die Einwendung von »contributory negligence« (mitwirkendem Verschulden) des Geschädigten völlige Haftungsbefreiung des Täters bewirkt. Der Rechtssatz wurde als übertrieben hart empfunden, und seine Auswirkungen wurden durch verschiedene Mittel gemildert, mit denen die Gerichte dem Geschädigten zu Hilfe kamen, bis das Recht schließlich 1945 auf gesetzlichem Weg geändert wurde[303]. Unter dem Gesetz hat das Gericht, wenn den Kläger[304] Mitverschulden trifft, das Ermessen, den Schadenersatz so weit zu reduzieren, wie es für billig und gerecht hält im Hinblick auf den Anteil, zu dem der Kläger am Schaden mitverantwortlich ist. Das Wort »Anteil« (share) im Gesetzestext verhindert, dass der Kläger zu 100 % mitschuldig befunden wird, doch ein Kläger, der leichtfertige Missachtung (reckless disregard) bezüglich seiner eigenen Sicherheit zeigt, kann als jemand betrachtet werden, der auf eigene Gefahr gehandelt hat (voluntarily assumed the risk) und deshalb keinen Anspruch auf Kompensation hat: *volenti non fit iniuria*[305]. **5/139**

Grundsätzlich gilt dasselbe in Bezug auf Kinder. Es gibt weder ein festes Mindestalter, ab dem Kinder haftbar sind, noch gibt es eine feste Altersgrenze, unterhalb derer ein Kind juristisch als unfähig betrachtet wird, Mitverschulden zu tragen. Ob ein sehr junges Kind Mitverschulden trifft, ist eine Tatsachenfrage, die nach den Umständen des konkreten Falls zu beurteilen ist[306]. Dennoch ist es praktisch gesehen zweifellos richtig, dass »ein sehr junges Kind kein Mitverschulden treffen kann[307]«. 1978 hat eine Royal Commission eine Gesetzesbestimmung vorgeschlagen, wonach bei Verletzungen durch Kraftfahrzeuge der Schadenersatz für Kinder unter 12 niemals wegen Mitverschuldens ihrerseits reduziert werden dürfe; dies entspreche weithin der Gerichtspraxis[308]. Doch der Vorschlag wurde nicht Gesetz. **5/140**

303 Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.
304 Oder eine Person, deren fahrlässiger Beitrag zur Verletzung dem Kläger zugerechnet wird, zB unter Umständen, wo im Fall der Verletzung einer anderen Person den Kläger Gehilfenhaftung getroffen hätte: *C. Sappideen/P. Vines,* Fleming's The Law of Tort[10] (2011) paras 12.220 und 12.230.
305 *Morris v. Murray* [1991] 2 Q.B. 6.
306 *Speirs v. Gorman* [1966] N.Z.L.R. 897, 902 per Hardie Boys J.
307 *Gough v. Thorne* [1966] 1 W.L.R. 1387, 1390 per Lord Denning.
308 *Pearson Report* (FN 50) Band 1, § 1077.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

I. Das Grundproblem zu weiter Zurechnung

5/141 Die Angst vor zu weiter Zurechnung – wie sie in der häufigen Berufung auf das Schleusen-Argument (floodgates argument) Ausdruck findet – hat über Jahrhunderte das englische Schadenersatzrecht beschäftigt[309]. Gelegentlich wurde es von Gerichten explizit als Begründung dafür verwendet, unter bestimmten Umständen keine Sorgfaltspflicht anzunehmen – vielleicht am deutlichsten im Zusammenhang mit psychiatrischen Verletzungen (psychiatric injuries)[310]. Skeptiker argumentieren freilich, dass die Bedeutung des Schleusen-Arguments stark übertrieben worden ist[311].

5/142 Ganz unabhängig von ad hoc-Begründungen aus rechtspolitischen Erwägungen, mit denen der Umfang der Sorgfaltspflicht beschränkt wird, verfügen die Gerichte über eine Anzahl anderer Konzepte, die sie anwenden, um den Umfang deliktischer Haftung einzuschränken. Die Sichtweise des Common law (gelegentlich durch übermäßige Verwendung von Metaphern nicht klar erkennbar) bezüglich der Beschränkung einer Haftung, die ansonsten ausufern würde, entspricht dem Bild, das man in den meisten Rechtssystemen findet, welche die Grundvoraussetzung einer »conditio sine qua non« mit zusätzlichen Beschränkungen der Haftung verbinden, von denen einige (aber nicht alle) üblicherweise als kausal betrachtet worden sind. Die Hauptbeispiele solcher Beschränkungen im Common law sind »novus actus interveniens« (Auftreten einer Zwischenursache) und »remoteness of damage« (Entferntheit des Schadens), die eine Rolle spielen, die (grob gesprochen) funktionell dem in anderen Rechtssystemen verwendeten Prinzip der Adäquanz entsprechen[312]. Die Prinzipien des Common law (und vermutlich die der Adäquanz in anderen Systemen) sind weit gefasst und erlauben dem Gericht bei der Tatsachenfeststellung beträchtliches Ermessen in ihrer Anwendung. Sie entscheiden in etlichen Fällen, ob die Haftung einen einzigen Täter treffen soll oder zwei oder mehr, und reflektieren damit in einem gewissen Ausmaß die allgemeine Orientierung eines Rechtssystems in Richtung individualisierter ausgleichender

309 Siehe zB *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 Meeson & Welsby's Exchequer Reports (M. & W.) 109, 115 per Alderson B. (»wenn wir einen Schritt darüber hinausgehen, gibt es keinen Grund, warum nicht auch fünfzig«).

310 Siehe zB *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, 421 f per Lord Wilberforce.

311 Siehe zB *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, 442 per Lord Bridge.

312 Für eine allgemeine Analyse siehe *J. Spier/O. A. Haazen,* Comparative Conclusions on Causation, in: J. Spier (Hrsg), Unification of Tort Law: Causation (2000) 127 ff, 130 ff.

Gerechtigkeit (wie im Fall des Common law, zumindest in England) oder in Richtung Schadensverteilung, der in einigen anderern Systemen größeres Gewicht beigemessen wird.

II. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges

Wenn sowohl D1 und D2 faktische Ursachen für die Verletzung des V gesetzt haben, ist D1 für die Verletzung nicht haftbar, wenn das Dazutreten von D2 die rechtliche Kausalität zwischen D1 und der Verletzung aufhebt – dh wenn es die »Kausalkette unterbricht« und somit einen *novus actus interveniens* bildet. In einem solchen Fall haftet nur D2 für die Verletzung. Dazu zwei Beispiele: Erstens, D1 verursacht eine Überflutung des Hauses von V. Dieses muss während der Reparaturarbeiten evakuiert werden, und D2 (ein unbefugter Eindringling) betritt die leerstehende Liegenschaft und verursacht zusätzlichen Schaden. D1 hat diesen zusätzlichen Schaden nicht verursacht und ist daher nicht für ihn haftbar, denn das Hinzutreten von D2 ist ein »novus actus interveniens«[313]. Zweitens, V ist ein Motorradpolizist und wird im Gefolge eines Unfalls verletzt, den D1 in der Ausfahrt aus einer Unterführung verursacht hat. D2, der verantwortliche Polizeibeamte vor Ort, hatte V befohlen, gegen die Fahrtrichtung zu fahren, um den Tunneleingang zu sperren. V wurde dabei von einem Kraftfahrzeuglenker angefahren, ohne dass diesen Verschulden traf. Der einzige rechtliche Verursacher der Verletzung des V ist D2, obwohl diese ohne D1 nicht eingetreten wäre[314]. **5/143**

Nach der einflussreichen These von *Hart* und *Honoré*[315] wird dieser Auswahlprozess aus kausal relevanten Faktoren zutreffend »ursächlich« (»causal«) genannt, denn er reflektiert Unterscheidungen, die konsequent – nicht nur im Recht, sondern auch in allen anderen Gesprächssituationen, einschließlich gewöhnlicher Unterhaltung – zwischen »bloßen Bedingungen« und »der Ursache« eines Ereignisses vorgenommen werden. Verantwortlichkeit wird daher (natürlich nicht in jedem Fall und nicht ausschließlich) auf Grund von Verursachung zugewiesen. Das Bild der »Unterbrechung« des Kausalzusammenhanges deutet auf ein Dazwischentreten im normalen Ablauf von Ereignissen. *Harts* und *Honorés* detaillierte und subtile Untersuchung führt sie zur Beobachtung, dass rechtliche Kausalität (legal causation) zwischen einer tatsächlichen Ursache der Verletzung und **5/144**

---

313 *Lamb v. Camden London Borough Council* [1981] Q.B. 625. Anders in Umständen, unter denen D1 eine Pflicht hat, D2 zu kontrollieren, siehe zB *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.* [1970] A.C. 1004 (Schaden wird von flüchtigen Insaßen einer Jugendstrafanstalt verursacht).

314 *Knightly v. Johns* [1982] 1 W.L.R. 349.

315 Im zitierten Werk Causation in the Law².

der Verletzung selbst verneint werden kann, wenn die Verletzung durch eine Zwischenursache entsteht, die ihrerseits vorsätzlich auf die Verursachung von Schaden gerichtet ist, oder die ein ungewöhnliches und unerwartetes Ereignis (oder eine Konstellation von Ereignissen) darstellt. Wie bereits angemerkt, ist diese These mit der Begründung bekämpft worden, sie importiere rechtspolitische Erwägungen in einen Begriff, der rein faktischer Natur sein sollte[316]. Trotzdem hat sie in englischen Gerichten ein gewisses Maß an richterlicher Unterstützung gefunden und es ist gesagt worden, sie reflektiere »die individualistische Philosophie des Common law«[317].

III. Weite Entfernung des Schadenseintritts (Remoteness of damage)

5/145 Durch den Rechtssatz, der in der *Wagon Mound-Entscheidung* des Privy Council[318] aufgestellt wurde, ist Haftung weiter eingeschränkt worden auf jenen Schaden, der eine vernünftigerweise vorhersehbare Folge des Verhaltens des Beklagten war. Die überzeugendste Begründung für diese Einschränkung ist die Notwendigkeit, einen Mechanismus zu finden, der – obgleich etwas grobschlächtig – die Haftung in einem vernünftigen Rahmen halten kann, anstatt eine fragwürdige Gleichung von Verschulden und Kompensation aufzustellen, in der Vorhersehbarkeit als Determinante des ersteren aus diesem Grund als Test für letztere benützt wird[319]. Die Beschränkung betrifft die meisten Ansprüche aus Delikt, jedoch nicht Ansprüche aus vorsätzlichen Delikten, bei welchen der Beklagte für jeden Schaden haftbar sein kann, der sich direkt aus dem Unrecht ergibt[320].

5/146 Gelegentlich wird argumentiert, das Prinzip der »remoteness of damage« (der weiten Entferntheit des Schadens) diene bloß der Verschleierung rechtspolitischer Entscheidungen von Richtern, doch die meisten Kommentatoren weisen diese Deutung zurück, wiewohl sie anerkennen müssen, dass die traditionelle Risikotheorie, die fragt, ob das Risiko des im anhängigen Verfahren relevanten Schadenstypus vernünftigerweise vorhersehbar war, richterlichem Ermessen einen weiten Spielraum einräumt. Um den Vorgang der Risikodeterminierung transparenter zu machen, hat *Stauch* überzeugend vorgeschlagen, statt das Risiko wie üblich im

316 Oben Rz 5/95.
317 *Reeves v. Commissioner of Police for the Metropolis* [2000] 1 A.C. 360, 368 per Lord Hoffmann.
318 *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound* [1961] A.C. 388.
319 Fleming's The Law of Tort[10] para 9.160.
320 *Smith New Court Securities Ltd. v. Citibank NA* [1997] A.C. 254.

Hinblick darauf zu definieren, *welcher* Schaden erlitten worden ist, sollten wir es im Hinblick darauf tun, *wie* er eingetreten ist (die »revidierte Risikotheorie«). Er konzentriert sich auf die kausalen Voraussetzungen, die für den Eintritt des Schadens notwendig sind, und dabei insbesondere auf jene, die in Verbindung mit dem Verhalten des Beklagten den Kreis der relevanten Kausalbeziehungen vervollständigt haben. Für das Gericht lautet die Frage demnach, ob der mögliche Abschluss dieser Kausalbeziehungen die Begründung dafür liefern konnte, das Verhalten des Beklagten als Verletzung einer Sorgfaltspflicht zu betrachten. Ist dies nicht der Fall, so ist der Schaden prima facie zu weit entfernt. *Stauch* konzentriert sich auf das Spektrum kausaler Bedingungen (set of causal conditions), die für den Eintritt der Verletzung erforderlich sind, und dabei insbesondere auf jene Bedingungen, die zusammen mit dem Verhalten des Beklagten das relevante Ursachenspektrum vervollständigen. Die Frage an das Gericht lautet daher, ob die mögliche Vervollständigung dieses Kausalspektrums einen Grund dafür bildet, das Verhalten des Beklagten als Pflichtverletzung zu betrachten. Wenn nicht, dann ist die Verletzung prima facie zu weit entfernt. *Stauch* behauptet, seine Theorie sei in der Lage, den Vorwurf zu entkräften, die Feststellungen bezüglich der Entfernung (remoteness) seien völlig subjektiv oder politikbestimmt. Er räumt allerdings ein, dass es legitim sein mag, vom Standardtest aus rechtspolitischen Gründen abzuweichen (zB im »Eierschädel«-Fall), solange die Umstände, in denen dies erlaubt wird, als beschränkte Ausnahmen betrachtet werden[321].

IV. Verletzung des Schutzzwecks der Norm

Bei der Beurteilung, ob die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift für den da- **5/147**
durch Verletzten einen Klagegrund bildet, muss festgestellt werden, dass die verletzte Vorschrift den Zweck hatte, Personen in der Gruppe, der der Kläger angehört, vor der Art von Schaden zu schützen, die er erlitt. Man beginnt mit der Frage, welches »Unheil« (mischief) das Gesetz verhindern sollte. Im einschlägigen Leitfall beantragte der Kläger Schadenersatz für den Verlust einer Anzahl von Schafen, deren Transport der beklagte Schiffseigentümer übernommen hatte, weil die Schafe in stürmischem Wetter über Bord gespült worden waren. Er stützte sich auf die mangelnde Befolgung einer Anordnung, die unter dem Contagious Diseases (Animals) Act 1869 erlassen worden war, wonach Schafe in sicheren Pferchen zu transportieren waren. Das Gericht entschied jedoch, dass das Gesetz nicht zu dem Zweck erlassen wurde, Tiereigentümer davor zu schützen, dass ihre Tiere

321 *M. Stauch,* Risk and Remoteness of Damage in Negligence (2001) 64 M.L.R. 191 [*K. Oliphant* in: H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002) 131, Rz 103].

über Bord gespült werden, sondern lediglich aus sanitären Erwägungen, um zu verhindern, dass Tiere im Zustand einer ansteckenden Krankheit diese auf andere Tiere übertragen, mit denen sie in Berührung kommen könnten. Da der geltend gemachte Schaden nicht Gegenstand der gesetzlichen Regelung war, konnte der Anspruch nicht durchgesetzt werden[322].

5/148 Es muss auch dargetan werden, dass der Kläger dem Kreis von Personen angehört, die das Gesetz schützen wollte, und es wurde zB entschieden, dass eine Verordnung, die sichere Arbeitsbedingungen bezweckte, nicht als Grundlage für die Klage eines Feuerwehrmanns dienen konnte, der an den Arbeitsplatz gerufen worden war[323], und dass die Pflicht, auf einem Bahnübergang die Schranken in der richtigen Position zu halten, zu dem Zweck auferlegt wurde, die Straßenbenützer zu schützen, und nicht den Fahrer des Zuges[324].

5/149 Eine ähnliche Argumentation wird im Common law in Fahrlässigkeitsfällen angewandt, wenn es gilt, den Personenkreis und den Schadenstypus zu definieren, auf den sich die Sorgfaltspflicht des Beklagten erstreckt. So wurde etwa entschieden, dass ein Schätzmeister (property valuer) darauf achten muss, korrekte Information zu liefern, und er für die Folgen unrichtiger Information haftbar gemacht werden kann, doch dass er keine Garantie übernimmt, den Käufer vor Schwankungen im Marktwert der erworbenen Sache zu schützen, und dass er deshalb nicht haftet, soweit der Verlust des Käufers aus einer Transaktion, die auf Grund einer fahrlässigen Schätzung vorgenommen wurde, durch einen allgemeinen Einbruch des Marktes erhöht worden ist[325]. Ähnlich besteht der Umfang der Pflicht eines Arztes, der eine Sterilisierung vornimmt, darin, eine Schwangerschaft der Frau zu verhindern, nicht jedoch darin, die Familienfinanzen vor den Erziehungskosten des Kindes zu bewahren, das auf Grund der eingetretenen Schwangerschaft geboren wurde[326]. Da letzerer Umstand die vorhersehbare Konsequenz des ersteren ist, spielen hier klarerweise rechtspolitische Erwägungen (policy considerations) eine große Rolle.

322 *Gorris v. Scott* (1874) L.R. 9 Exch. 125. Für ein jüngeres Beispiel siehe *Fytche v. Wincanton Logistics plc* [2004] U.K.H.L. 31, [2004] 4 All E.R. 221 (mit Stahlkappen verstärkte Stiefel sind ausreichend für den angestrebten Zweck, gegen herabfallende schwere Gegenstände zu schützen, wenngleich sie keinen Schutz gegen Erfrierungen bieten).

323 *Hartley v. Mayoh & Co.* [1954] 1 Q.B. 383.

324 *Knapp v. Railway Executive* [1949] 2 All E.R. 508.

325 *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.* [1997] A.C. 191.

326 *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Schadenersatz allgemein

Nach englischem Recht wird Schadenersatz in Geld geleistet. Es gibt keinen Gedanken der Naturalrestitution, obgleich die Erlassung einer zwingenden einstweiligen Verfügung (mandatory injunction) die Wirkung haben kann, den Antragsteller praktisch in den Zustand vor der Schadenszufügung zurückzuversetzen. Allerdings trachtet das Gericht – soweit die Zuerkennung eines Geldbetrages dazu in der Lage ist – den Kläger in die Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn kein Delikt begangen worden wäre. Grundsätzlich ist der Kläger zu vollem Schadensausgleich (indemnity) für alle Aspekte seines Verlustes berechtigt, materielle (pecuniary) und immaterielle (non-pecuniary), auch wenn die Rechtsordnung bezüglich der letzteren bestenfalls eine faire Summe zusprechen, doch nicht wirklich das ersetzen kann, was verlorengegangen ist. Normalerweise wird der Betrag vom Richter bemessen, innerhalb des Rahmens früherer Fallentscheidungen, doch wenn ein Kind schuldhaft getötet worden ist, wird den Eltern ein gesetzlich fixierter Betrag (derzeit £ 11.800,–) als Schmerzengeld für Trauer zugesprochen[327]. **5/150**

Der Umfang des Schadenersatzes bei Beschädigung von Sachen wird grundsätzlich durch die Wertminderung bestimmt, die in Bezug auf den Marktpreis berechnet wird. Obgleich im Normalfall die Reparaturkosten einen guten Hinweis auf die Wertminderung geben können, kann der Kläger nicht die vollen Reparaturkosten erlangen, wenn diese den Wert der beschädigten Sache wesentlich übersteigen und es nicht vernünftig wäre, die Reparatur durchzuführen[328]. Ausnahmsweise kann eine Reparatur als angemessen erachtet werden, obwohl ihre Kosten den Wert der reparierten Sache wesentlich übersteigen[329]. Es kann der subjektive Wert einer Sache berücksichtigt werden, zB wenn es keinen einschlägigen Markt gibt, in Bezug auf den der Wert bemessen werden kann, oder nur einen Markt (zB für Metallabfall), auf dem der Gebrauchswert der Sache für den Eigentümer erheblich unterbewertet würde[330]. **5/151**

327 Fatal Accidents Act 1976, sec. 1A.

328 *Darbishire v. Warran* [1963] 1 W.L.R. 1067.

329 *O'Grady v. Westminster Scaffolding Ltd.* [1962] 2 Lloyd's Law Reports (Lloyd's Rep.) 238 (Auto als Unikat, das nicht ersetzt werden konnte).

330 Siehe zB *The Harmonides* [1903] Law Reports Probate (P.) 1; *A. Tettenborn* (Hrsg), The Law of Damages (2003) § 14.30.

5/152 Ausnahmsweise legt das Gesetz einen Höchstbetrag fest, bis zu dem Schadenersatz erlangt werden kann[331], oder es legt, wie in der Gesetzgebung, durch welche die Produkthaftungsrichtlinie implementiert wird, eine Schwelle fest[332]. Doch es gibt weder im englischen Recht noch, so weit ich sehe, in irgendeiner anderen Rechtsordnung des Commonwealth[333] eine allgemeine Minderungsklausel (reduction clause). Das englische Recht sieht auch keine (völlige oder teilweise) Haftungsbefreiung eines Angestellten vor, selbst unter Umständen, in denen die Gehilfenhaftung (vicarious liability) greift[334]. Im Gegenteil: nach strengem Recht ist der Arbeitgeber berechtigt, vom Arbeitnehmer Vergütung zu fordern, wenn er durch dessen deliktisches Verhalten verpflichtet wird, aus Gehilfenhaftung Schadenersatz zu leisten[335]. Allerdings verbieten Kollektivverträge (industry-wide agreements) dies in der Praxis in Bezug auf die überwältigende Mehrheit der Fälle[336].

5/153 Die Zuerkennung von Schadenersatz schließt normalerweise Zinsen ein, um den Kläger dafür zu entschädigen, dass er das Geld im Zeitraum zwischen dem Schadenseintritt und dem Vergleich oder Urteil nicht gebrauchen konnte. Besonderer Schadenersatz (special damages) enthält üblicherweise Zinsen in der halben Höhe des Satzes für kurzfristige Veranlagungen ab dem Zeitpunkt des Unfalls. Allgemeiner Schadenersatz (general damages), der für immateriellen Schaden (non-pecuniary loss) zugesprochen wird, enthält 2 % Zinsen ab Klagezustellung[337]. Keine Zinsen werden auf allgemeinen Schadenersatz hinsichtlich künftigen Vermögensschadens zugesprochen.

II. Laufende Zahlung oder Kapitalabfindung

5/154 Im Common law konnte Schadenersatz üblicherweise nur einmal erlangt werden, und wurde als Kapitalabfindung zugesprochen. Diese Vorgangsweise wurde historisch mit mehreren Begründungen gerechtfertigt: der Notwendigkeit, dem Rechtsstreit ein Ende zu setzen, dem Desiderat, dem Kläger die freie Wahl zu geben, wie er den Schadenersatz verwenden wollte, und der Vermeidung von

331 Siehe zB Carriage by Air Act 1961, sec. 4 (wo die Haftung des Luftfahrtunternehmens auf die in der Warschauer und der Montreal Konvention festgesetzten Beträge beschränkt wird); Nuclear Installations Act 1965, sec. 16(1) (Beschränkung der im Gesetz vorgesehenen Gefährdungshaftung auf £ 140 Millionen).

332 Consumer Protection Act 1987, sec. 5(4) (£ 275,– Schwelle bezüglich Sachbeschädigung).

333 Vgl Basic Questions I Rz 8/24 ff.

334 Vgl Basic Questions I Rz 8/6.

335 *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C. 555.

336 *R. Lewis,* Insurers' Agreements not to Enforce Strict Legal Rights: Bargaining with Government and in the Shadow of the Law (1985) 48 M.L.R. 275.

337 Siehe *Birkett v. Hayes* [1982] 1 W.L.R. 816.

Verwaltungskosten, die durch laufende Zahlungen verursacht würden[338]. Durch Kapitalabfindung wurde bewirkt, dass das Gericht dann, wenn der Verlust des Klägers andauerte, alle möglichen zukünftigen Entwicklungen ins Auge fassen und den Schadenersatz entsprechend bemessen musste. Es ist festgestellt worden, dass dies in Körperverletzungsfällen zu »unüberwindlichen Problemen« geführt hat: »Der Ersatz, welcher für vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Schaden zugesprochen wird, muss nach unserem Recht in einer Kapitalabfindung bestehen, die am Ende des Gerichtsverfahrens festgesetzt wird. Die Entscheidung ist endgültig, sie kann nicht zukünftigen Entwicklungen angepasst werden, in denen die Schätzung durch Tatsachen überholt wird. Da den Menschen die Kenntnis der Zukunft verwehrt ist, wird sich jener Teil des zugesprochenen Schadenersatzes, der sich auf künftigen Schaden und künftiges Leid bezieht (und das ist in vielen Fällen der größere Teil des Betrages), fast sicher als falsch herausstellen. Es gibt nur eine Sicherheit: die Zukunft wird zeigen, dass der zugesprochene Ersatz entweder zu hoch oder zu niedrig war«[339].

Ein erster Versuch zur Lösung dieser Probleme wurde 1982 durch die Einfüh- **5/155**
rung von »vorläufigem Schadenersatz« (»provisional damages«) unternommen, wobei Schadenersatz anfänglich unter der Annahme zugesprochen wird, dass eine bestimmte Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht eintreten werde. Doch der Kläger wird ermächtigt, später weitergehenden Schadenersatz gerichtlich geltend zu machen, sollte die Verschlechterung tatsächlich eintreten[340]. Das war freilich nur ein kleiner Schritt, der mit der Kapitalabfindungsmethode verknüpft blieb, und die Parteien versuchten, informell für den verletzten Kläger ein regelmäßiges Einkommen zu erzielen, indem sie sogenannte »strukturierte Vergleiche« (structured settlements) entwickelten. Schließlich (und überraschend spät) wurde eine richterliche Befugnis zur Erlassung einer Anordnung laufender Zahlungen (periodic payment order) eingeführt[341]. Man ist der Meinung, dass laufende Zahlungen besser in der Lage sind, den tatsächlichen Bedürfnissen und Verlusten des Klägers zu entsprechen, und viele der Risiken zu beseitigen, die mit Kapitalabfindung verbunden sind, sowie gleichzeitig dem Kläger die Last abzunehmen, eine beträchtliche Investition zu verwalten[342]. Es ist auch ein Vorteil laufender Zahlungen, dass sie genauer dem entsprechen, was der Verletzte verloren hat, was in der Regel eben ein laufendes Einkommen ist.

338 *Pearson Report* (FN 50) Band 1 § 560 ff.

339 *Lim Poh Choo v. Camden & Islington Area Health Authority* [1980] A.C. 174, 182–3 per Lord Scarman.

340 Senior Courts Act 1981, sec. 32A (novelliert durch Administration of Justice Act 1982, sec. 6).

341 Courts Act 2003.

342 *Lord Chancellor's Department,* Consultation Paper. Damages for Future Loss: Giving the Courts the Power to Order Periodical Payments for Future Loss and Care Costs in Personal Injury Cases (2002).

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen (Prescription of compensation claims)

I. Das geltende Recht

5/156 Die ordentliche Verjährungsfrist (ordinary limitation period), wie sie von englischen Juristen genannt wird, dauert drei Jahre für Körperverletzung[343] und sechs Jahre für alle anderen Deliktsklagen (sofern keine Sonderregelungen vorliegen)[344]. Die kürzere Frist für Klagen aus Körperverletzung entspricht einer Auffassung, wonach eine spezielle Notwendigkeit besteht sicherzustellen, dass bei solchen Klagen ein rasches Gerichtsverfahren (speedy trial) stattfindet, solange die Parteien und Zeugen den Sachverhalt noch frisch in Erinnerung haben[345]. Die Frist beginnt zu laufen, sobald die Verletzung, der Schaden oder der Verlust eingetreten ist, oder vernünftigerweise endeckt werden konnte[346]. Eine Fallfrist von 15 Jahren ab dem (jeweils späteren) Zeitpunkt der Fahrlässigkeit oder des Schadens findet bei verborgenem Schaden Anwendung, wenn keine Körperverletzung involviert ist[347]. Das Gericht hat Ermessen, einen Anspruch auch nach der Verjährungsfrist zuzulassen, wenn es sich um Körperverletzung oder Tod handelt[348], jedoch in keinen anderen Fällen. Bei schadhaften Produkten kann das Gericht die gesetzliche Frist nicht außer Kraft setzen, wenn sich der vom Kläger begehrte Schadenersatz auf Ersatz für Beschädigung oder Verlust von Eigentum beschränkt[349], und keinesfalls die Höchstgrenze von 10 Jahren ab dem Zeitpunkt, in dem der Beklagte das Produkt einem anderen übergeben hat (oder ab einem anderen in Frage kommenden Zeitpunkt)[350]. Es ist auch zu beachten, dass eine spezielle Verjährungsfrist von einem Jahr normalerweise für Klagen wegen »defamation« (übler Nachrede) und »malicious falsehood« (absichtlicher Kreditschädigung) gilt[351].

343 Limitation Act 1980, sec. 11(4).
344 Limitation Act 1980, sec. 2.
345 *Report of the Committee on The Limitation of Actions* (1949) Cmd. 7740, para 22.
346 Limitation Act 1980, secs. 11(4), 14 und 14A.
347 Limitation Act 1980, sec. 14B.
348 Limitation Act 1980, sec. 33.
349 Limitation Act 1980, sec. 33(1A)(b).
350 Limitation Act 1980, secs. 11A(3), 33(1A)(a).
351 Limitation Act 1980, secs. 4A, 32A. Spezielle Vorschriften gelten auch für Deliktsansprüche hinsichtlich Sachentziehung (conversion, sec. 3), Diebstahl (theft, sec. 4) und Schutz gegen Belästigung (harassment, sec. 11[1A]).

II. Beginn der Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist läuft im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt der Entstehung des klagbaren Anspruchs. Für Delikte, die ohne Nachweis eines Schadens klagbar sind, wie etwa »trespass« (unrechmäßige Beeinträchtigung) oder »libel« (üble Nachrede), ist dies der Zeitpunkt der Begehung der Unrechtstat. Wo ein Delikt nur dann vorliegt, wenn ein Schaden bewiesen wird, wie beim Delikt »negligence« (fahrlässige Schädigung), entsteht der klagbare Anspruch im Zeitpunkt des Schadenseintritts[352]. **5/157**

Bei einer Klage aus fahrlässiger Schädigung (negligence), bei der die für eine Klageeinbringung erheblichen Tatsachen im Zeitpunkt ihrer Entstehung nicht bekannt sind, kommt eine alternative dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung[353]. Diese läuft vom frühesten Zeitpunkt, zu dem der Kläger sowohl die für die Einbringung der Schadenersatzklage erforderliche Kenntnis bezüglich des einschlägigen Schadens hatte als auch das Recht, eine solche Klage zu erheben. »Kenntnis« (knowledge) schliesst jenes Wissen ein, das eine Person nach vernünftiger Erwartung aus Tatsachen gewinnen konnte, die sie beobachten oder ermitteln konnte[354]. Ein anderes System betrifft Ansprüche aus Körperverletzung, wo sich »Kenntnis« (unter anderem) auf das Wissen bezieht, dass die betreffende Verletzung schwerwiegend war, und dass sie zur Gänze oder zum Teil der Handlung oder Unterlassung zuzuschreiben war, von der behauptet wurde, sie verwirkliche das Delikt negligence (fahrlässige Schädigung), nuisance (Besitzstörung) oder breach of duty (Pflichtverletzung), sowie auf Kenntnis der Identität des Beklagten[355]. Das Element »schwerwiegend« (significant) bedeutet, dass der Kläger vernünftigerweise die Verletzung für schwer genug gehalten hat, um die Einleitung eines Schadenersatzverfahrens seinerseits zu rechtfertigen gegen einen Beklagten, der seine Haftung nicht bestritt und in der Lage war, bei Verurteilung zu zahlen. In den immer zahlreicher auftretenden Fällen von Ansprüchen wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern sollte »schwerwiegend« nicht nur im Licht der unmittelbaren Auswirkungen des Kindesmissbrauchs verstanden werden, sondern auch im Hinblick auf das Gesamtziel der Klage, die ja auf den Ersatz langfristiger posttraumatischer psychiatrischer Verletzung (psychiatric injury) gerichtet sein kann[356]. **5/158**

Im Fall der Verletzung eines Kindes läuft die Frist ab dem Zeitpunkt, in dem der Kläger die Großjährigkeit erreicht hat (18)[357]. Wenn der Beklagte einen für das **5/159**

352 *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners* [1983] 2 A.C. 1.
353 Limitation Act 1980 sec. 14A (eingefügt durch Latent Damage Act 1986, sec. 1).
354 Limitation Act 1980, sec. 14A(10).
355 Limitation Act 1980, sec. 14(1).
356 *KR v. Bryn Alyn Community (Holdings) Ltd.* [2003] Q.B. 1441.
357 Limitation Act 1980, secs. 28 und 38(2).

Klagerecht des Klägers relevanten Umstand vorsätzlich verschwiegen hat, beginnt die Frist erst dann zu laufen, wenn der Kläger die Verheimlichung erkannt hat[358].

III. Reformvorschläge

5/160 In einem 2001 veröffentlichten Bericht hat die Law Commission festgestellt, das geltende Verjährungsrecht sei unangemessen komplex, manchmal auch unklar, und es bewirke ungerechte Ergebnisse[359]. Die Kommission empfahl ein vereinfachtes System mit einer primären Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Zeitpunkt, in dem der Kläger Kenntnis erlangt hatte, oder hätte zumutbar Kenntnis erlangen können (a) über die klagebegründenden Tatsachen, (b) über die Person des Beklagten, und (c) darüber, ob dann, wenn der Kläger eine Verletzung, Verlust oder Schaden erlitten bzw der Beklagte einen Vorteil erlangt hatte, die Verletzung, der Verlust, der Schaden oder der Vorteil erheblich war. Es sollte sodann eine sekundäre »verlängerte« Verjährungsfrist von 10 Jahren geben, die ab dem Zeitpunkt der klagebegründenden Handlung oder Unterlassung laufen würde. Die Law Commission anerkannte ausdrücklich, dass dies zum Verlust des Klagerechts führen könnte, bevor der klagbare Anspruch überhaupt entstanden war, doch sie betrachtete dies als notwendig, um Beklagte dagegen zu schützen, dass Ansprüche so lange nach dem auslösenden Ereignis erhoben wurden, dass sie sich nicht mehr angemessen verteidigen konnten, sowie um die Notwendigkeit zu begrenzen, sich gegen Haftung zu versichern, während man sie schadlos hielt für den Verlust von Rechtssicherheit, der durch die Einführung einer Verjährungsregelung bewirkt wird, die ab dem Datum der Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen durch den Kläger zu laufen beginnt[360]. Für deliktische Ansprüche, bei denen Schaden kein wesentliches Element des Anspruchs darstellt, läuft die verlängerte Frist vom Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs. Für Ansprüche aus Körperverletzung könnte das Gericht nach Ermessen die primäre Verjährungszeit aufheben, und es würde keine verlängerte Verjährungszeit Anwendung finden außer bei jenen Ansprüchen, die aus Produkthaftung unter der EC-Richtlinie geltend gemacht werden.

5/161 Diese Vorschläge sind noch nicht Gesetz geworden.

358 Limitation Act 1980, sec. 32(1).
359 *Law Commission,* Limitation of Actions (Law Com. Nr 270, 2001).
360 Ebendort para 3.99 ff.

Vereinigte Staaten von Amerika

Michael D. Green • W. Jonathan Cardi

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus US-amerikanischer Sicht

Kapitel 6

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus US-amerikanischer Sicht

Michael D. Green • W. Jonathan Cardi*

Vorbemerkungen

I. Einleitung

A. Quellen des amerikanischen Deliktsrechts (Tort law)

Die US-amerikanische Rechtsordnung leitet sich vom englischen Recht ab. In den USA wird somit im Bereich des Deliktsrechts von den Gerichten Recht geschaffen, entwickelt und reformiert. Zwar hatte das englische materielle Recht zu Beginn Einfluss auf das US-amerikanische Recht, doch entwickelte sich das Schadenersatzrecht größtenteils gegen Ende des 19. Jahrhunderts, nachdem die amerikanischen Gerichte eingesetzt worden waren und diese ihre Tätigkeit aufgenommen hatten[1]. Deliktsrecht findet sich insbesondere in gerichtlichen Entscheidungen, die von anderen Gerichten nach dem Grundsatz »stare decisis« als Rechtsquelle herangezogen werden. Gerichte »schaffen« also Recht, indem sie 6/1

* Aus dem Englischen übersetzt von em. o. Univ.-Prof. Dipl.-Dolm. Dr. Dr. h.c. *Herbert Hausmaninger,* Wien.

1 So folgten die US-amerikanischen Gerichte nicht der im Fall *Rylands v. Fletcher* [1868] Law Reports (L.R.) 3 House of Lords (H.L.) 330 etablierten verschuldensunabhängigen Haftung zum Schutz von Grundstückseigentümern vor Substanzen, die von angrenzenden Grundstücken entwichen waren. Siehe *Losee v. Buchanan,* 51 New York Reports (N.Y.) (1873) 476 (keine verschuldensunabhängige Haftung für Schäden des Nachbarn durch explodierten Dampfkessel).

Fallentscheidungen auf nachfolgende Fälle anwenden. Gerichte dürfen nur den ihnen vorliegenden Sachverhalt beurteilen und im Unterschied zum Gesetzgeber nicht allgemeines und zukünftiges Recht erzeugen. Wenn ein Gericht beispielsweise statt der »contributory negligence« das Konzept der »comparative negligence« anwendet, wird es sich nicht auch den vielen daraus entstehenden Fragestellungen zuwenden; diese werden dann behandelt, wenn die Gerichte in künftigen Fällen damit befasst werden. Ebenso wenig würde ein Gericht die Mindesthöhe eines ersatzfähigen Schadens festsetzen, bevor ein Geschädigter einen Anspruch geltend macht – die Schaffung von Recht, losgelöst von konkreten Sachverhalten, bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

6/2 Ungeachtet der Bedeutung der Gerichte für die Entwicklung des Deliktsrechts in den USA haben die Gerichte der Bundesstaaten seit dem Ende der 1960er Jahre Reformgesetze (tort reform statutes) erlassen, um einzelne Schwierigkeiten bei der Anwendung des Schadenersatzrechts zu beseitigen. Insbesondere der Ersatz von Schäden war davon umfasst; so wurden Höchstgrenzen für den Ersatz immaterieller Schäden eingeführt, Strafschadenersatz *(punitive damages)* betragsmäßig beschränkt und die *collateral source rule,* wonach Ersatzleistungen aus mehreren Quellen unabhängig voneinander zu erbringen sind, abgeändert. Auch die gesamtschuldnerische Haftung wurde grundlegend modifiziert, sodass sie in ihrer Reinform in der Mehrzahl der US-Bundesstaaten nicht mehr zur Anwendung kommt[2].

B. Die Rolle des Geschworenengerichts (»Jury«)

6/3 Auch Geschworenengerichte spielen eine bedeutende Rolle in Zivilprozessen in den USA. Das Recht auf ein Geschworenengericht ist im 7. Zusatzartikel zur Verfassung der USA[3] verankert, und beinahe alle Staaten haben eine vergleichbare Bestimmung, die auf Gerichte dieser Staaten anwendbar ist. So hat jede Partei in Schadenersatzprozessen ein verfassungsmäßiges Recht darauf, dass über den Sachverhalt von einem Geschworenengericht befunden wird. Den Geschworenen obliegt neben der Tatsachenfeststellung auch die Entscheidung über diverse

2 Für eine umfassende Aufstellung der staatlichen Reformen siehe <http://www.atra.org/legislation/states>.

3 »In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.« 7. Zusatzartikel zur Verfassung der USA; siehe auch *C. W. Wolfram,* The Constitutional History of the Seventh Amendment, 57 Minnesota Law Review (1973) 639, 653 (erklärt und dokumentiert die Rolle der Geschworenen in Zivilprozessen am Ende des 18. Jahrhunderts).

gemischte Rechts- und Sachverhaltsfragen, beispielsweise Fahrlässigkeit[4], Vorsatz und Haftungsumfang[5]. Das Bestehen von Geschworenengerichten und das in sie gesetzte Vertrauen hatten großen Einfluss auf die Entwicklung des Schadenersatzrechts in den USA[6].

Doch der Einsatz von Geschworenen brachte auch Schwierigkeiten mit sich. Im Buch »The Common Law«[7], das häufig als bedeutendstes geistesgeschichtliches Werk zum Schadenersatzrecht gepriesen wird, nennt *Oliver Wendell Holmes* vier Kriterien für die Aufgabenteilung zwischen Richter und Geschworenen: **6/4**

»(1) Verhaltensmaßstäbe sind vom Richter aufzustellen, die Tatsachenfeststellung obliegt den Geschworenen;
(2) Über Fahrlässigkeit oder Pflichtverletzungen hingegen haben auch die Geschworenen zu befinden, selbst wenn es um den Sorgfaltsmaßstab geht und nicht um die Tatsachenfeststellung;
(3) Wenn es sich allerdings um einen ›in der Praxis häufig vorkommenden Sachverhalt‹ (›state of facts often repeated in practice‹) handelt, sollen Richter den Sorgfaltsmaßstab feststellen und den Geschworenen nur die Tatsachenfeststellung überlassen;
(4) Den Sorgfaltsmaßstab festzustellen, würde eine bedeutende Funktion des Rechts unterstützen: ›den Bereich der Unsicherheit [zu] verkleinern‹«[8].

Holmes' Vision zum Schadenersatzrecht kam im Jahre 1927 im Fall *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman*[9] ins Spiel. Beim Queren eines Bahnübergangs wurde das Fahrzeug des Klägers vom Zug des Beklagten erfasst und der Kläger verletzt. Der Beklagte machte geltend, dass den Kläger wegen des Querens des Bahnübergangs Mitverschulden traf. Obwohl auf diesen Fall scheinbar Grundsatz 2 anwendbar gewesen wäre und somit die Geschworenen zu urteilen gehabt hätten, berief *Holmes* **6/5**

4 Im Unterschied zu zahlreichen europäischen Rechtsordnungen fallen Verschulden, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit zusammen, obwohl Fahrlässigkeit anhand objektiver Kriterien festgestellt wird. Dies ist einer von vielen pragmatischen Aspekten des US-amerikanischen Schadenersatzrechts.

5 Über ein Jahrhundert haben Gerichte dieses Element als »proximate cause« bezeichnet. Die Wörter »proximate« und »cause« waren jedoch verwirrend und teils irreführend, sodass im Third Restatement of Torts der Begriff »scope of liability« eingeführt wurde. Dieser Terminologie schließen wir uns an.

6 Siehe *M. D. Green,* The Impact of the Civil Jury on American Tort Law, 38 Pepperdine Law Review (Pepp. L. Rev.) (2011) 337; siehe auch *M. D. Green,* The Impact of the Jury on American Tort Law, in: H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2005 (2006) 55. Die nachfolgende Diskussion über die Rollen von Richter und Geschworenen im US-amerikanischen Schadenersatzrecht ist diesen Artikeln entnommen.

7 *O. W. Holmes,* The Common Law (1881).

8 Siehe *G. E. White,* Justice Oliver Wendell Holmes (1993) 161 ff (zitiert *Holmes,* Common Law 123–128).

9 275 United States Supreme Court Reports (U.S.) (1927) 66.

sich auf den dritten Grundsatz: »Wenn jemand Eisenbahnschienen betritt, weiß er, dass er getötet wird, wenn ein Zug ihn erfasst«[10]; er muss Vorsichtsmaßnahmen treffen, also auch stehenbleiben und aus dem Fahrzeug aussteigen, falls er nicht erkennen kann, ob ein Zug auf ihn zufährt. Mit der Formulierung eines spezifischen Sorgfaltsmaßstabs wurde nicht nur Unsicherheit reduziert, indem ein Rechtssatz aufgestellt wurde, der im Unterschied zum Geschworenenspruch Präzedenzwirkung hatte: Durch spezifische Regelungen zu den jeweiligen Aufgaben von Richter und Geschworenen wurde die Jury in den Hintergrund gedrängt und dem Richter – wie im Fall *Goodman* – die Entscheidung über die Haftung überlassen. Die strenge Verhaltensanforderung, stehenbleiben und aus dem Fahrzeug aussteigen zu müssen, engte den relevanten Sachverhalt derart ein, dass die Tatsachenfeststellung ebenso wie die Frage, ob der Verhaltensstandard eingehalten wurde, unstrittig war. Das Urteil im Fall *Goodman* hätte, wenn Richter sich öfter auf *Holmes* berufen hätten, um einen spezifischen Rechtssatz zu bilden, die Geschworenen in Schadenersatzverfahren in eine stark eingeschränkte Rolle drängen können.

6/6 Sieben Jahre später, nachdem *Benjamin Cardozo Holmes* Platz im Supreme Court eingenommen hatte (zwei weitere Richter waren ebenfalls ersetzt worden), setzte sich das Gericht in einem weiteren Bahnübergang-Prozess, *Pokora v. Wabash Railway Co*[11], über das *Goodman-Urteil* hinweg. Das Aussteigen aus dem Fahrzeug und Nachsehen, ob ein Zug herankomme, sei von einem Fahrer, der Eisenbahnschienen überquert, nicht in jedem Fall gefordert. Die *Goodman-Regel* sei weit entfernt von jedem gewöhnlichen Verhalten (wie dies wohl jedem Geschworenen bewusst sei, hätte *Cardozo* hinzufügen können). Unterschiedliche Bedingungen bei Bahnübergängen könnten unterschiedliche Vorsichtsmaßnahmen erfordern[12]. Cardozo importierte somit in die Entscheidung über Fahrlässigkeit einen Standard, der im Third Restatement bezeichnet wird als »Ethik des Partikularismus, … die verlangt, dass moralische Beurteilungen auf die Umstände der jeweiligen individuellen Situation gegründet sind«[13].

6/7 Bei einem jedermann gegenüber anzulegenden Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt *(reasonable care standard)* hätten die Geschworenen die Macht, Fälle zu entscheiden, ohne durch die normativen Ansichten des Richters über die angemessenen Verhaltensanforderungen behindert zu sein. Es ist allgemein bekannt, dass sich die Meinung von *Cardozo* bezüglich der Vorherrschaft der Geschworenen letztlich durchsetzte und sich im amerikanischen Schadenersatzrecht widerspiegelt[14]. Der bekannte US-amerikanische Richter und ehemalige

10 275 U.S. (1927) 69 f.
11 292 U.S. (1934) 98.
12 Siehe 292 U.S. (1934) 105 f.
13 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 8, cmt c.
14 Siehe *J. Fleming, Jr.,* Functions of Judge and Jury in Negligence Cases, 58 The Yale Law Journal (Yale L.J.) (1949) 667, 676 (»Im Großen und Ganzen hat die Jury einen beträchtlichen Entschei-

Rechtsprofessor *Richard Posner* stellte vor Kurzem fest, dass – anders als im Vertragsrecht, wo die Macht der Geschworenen beschränkt ist – »im Deliktsrecht kein Schutz vor den Launen der Jury besteht«[15].

Doch die Entwicklung des Deliktsrechts hat letztlich in den USA einen anderen Weg eingeschlagen: Zahlreiche Lehren und Grundsätze haben sich herausgebildet, durch die eine unkontrollierbare Vorherrschaft der Geschworenen im Deliktsrecht verhindert wurde[16]. **6/8**

Die wichtigste Lehre im Zusammenhang mit der Aufgabenteilung zwischen Richter und Geschworenen ist eine ausgeprägte und häufig herangezogene Pflichtendoktrin, die den Gerichten erlaubt, einzelne Fälle einer (Aussonderungs-)Prüfung zu unterziehen, wenn sie auf Grund des konkreten Sachverhaltes meinen, dass keine Haftung auferlegt werden sollte[17]. Im Gegensatz dazu kennen die europäischen Rechtsordnungen im Deliktsrecht einen nur schwach ausgeprägten Pflichtbegriff[18], und die englische Pflichtenlehre ist ein Überbleibsel aus der Zeit, als es dort noch Geschworene in zivilgerichtlichen Verfahren gab[19]. Das Spannungsverhältnis zwischen Richter und Geschworenen kommt in vielen verschiedenen Aspekten des US-amerikanischen Rechts zum Ausdruck, ist jedoch für die deutschsprachigen oder andere kontinentaleuropäische Deliktsrechtsordnungen nicht von Bedeutung[20]. **6/9**

---

dungsspielraum bei der Feststellung, wie die Beteiligten im vorliegenden Fall handeln hätten müssen und wie sie tatsächlich gehandelt haben. Der Grundgedanke ist jedenfalls die unter den gegebenen Umständen vernünftig handelnde Person [reasonably prudent man under the circumstances] …«); *R. M. Nixon,* Changing Rules of Liability in Automobile Accident Litigation, 3 Law & Contemporary Problems (Law & Contemp. Probs.) (1936) 476, 479.

15 *All Tech. Telecom, Inc. v. Amway Corp.,* 174 Federal Reporter, Third Series (F.3d) 862, 866 (7th Cir. 1999).

16 Siehe *J. Stapleton,* Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation, 1 Journal of Tort Law (2007) 6, 14.

17 Siehe *W. J. Cardi/M. D. Green,* Duty Wars, 81 Southern California Law Review (S. Cal. L. Rev.) (2008) 671; *D. A. Esper/G. C. Keating,* Abusing »Duty«, 79 S. Cal. L. Rev. (2006) 265; *J. C. P. Goldberg/B. Zipursky,* The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law, 54 Vanderbilt Law Review (Vand. L. Rev.) (2001) 657.

18 Die Principles of European Tort Law (PETL) erwähnen den Begriff der Pflicht nicht im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Körperverletzung. Vgl aber *European Group on Tort Law,* Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) Art 4:103 (Schutzpflicht wird als »duty to act positively« bezeichnet). In Teil 5 von Basic Questions I, der die »Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruches« behandelt, wird die »Pflicht« nicht als anspruchsbegründendes Element aufgezählt (Basic Questions I Rz 5/1 ff).

19 In England werden bei einigen Schadenersatzverfahren nach Ermessen Geschworenengerichte eingesetzt, darunter bei Rufschädigung (defamation), böswilliger Einleitung eines Strafverfahrens (malicious prosecution) und Freiheitsberaubung (false imprisonment). Siehe *Lord Scott of Foscote/Justice Randy J. Holland/Chilton D. Varner,* The Role of »Extra-compensatory« Damages for Violations of Fundamental Human Rights in the United Kingdom & the United States, 46 Virginia Journal of International Law (2006) 475, 490 f.

20 Siehe *Green,* 38 Pepp. L. Rev. (2011) 337.

C. Rechtsetzung im US-amerikanischen Föderalismus

6/10 Während der Bundesgesetzgeber die oberste Gesetzgebungsbefugnis im Zuständigkeitsbereich des Bundes hat, bleibt das Deliktsrecht (so wie das Vertragsrecht und das Sachenrecht) der Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Bundesstaaten überlassen – das Deliktsrecht ist in den USA also im Wesentlichen nicht auf Bundesebene geregelt[21] und es ist daher uneinheitlich. Auch wenn in einigen Einzelfragen große Abweichungen bestehen, beispielsweise bei der gesamtschuldnerischen Haftung und der »Berufsretter-Regel« (professional rescuer-rule, nach der jenen, die beruflich für die Sicherheit zu sorgen haben, keine Ansprüche gegen den Verursacher der Gefahr zustehen), so sind doch auch viele Übereinstimmungen im Grundsätzlichen und sogar in zahlreichen Einzelheiten gegeben. Das American Law Institute, das im Jahr 1923 gegründet wurde, um Unsicherheiten und Verwirrungen im amerikanischen common law zu beseitigen[22], arbeitete *Restatements* aus und trug dadurch zur Vereinheitlichung des common law bei. Ziel der vorliegenden Darstellung ist es, das US-amerikanische Recht generell und, wo uns dies sinnvoll erscheint, Abweichungen von den allgemeinen Regeln bestmöglich darzustellen.

D. Struktur und Zielsetzung

6/11 Wir haben Basic Questions I sorgfältig gelesen und erwogen. Mit dieser Darstellung antworten wir auf viele Fragen, die in Basic Questions I angesprochen werden, und sind insbesondere auf jene Bereiche des US-amerikanischen Schadenersatzrechts eingegangen, die unseres Erachtens für Leser hilfreich sein könnten, die sich mit den Gemeinsamkeiten und Unterschieden in verschiedenen Rechtsordnungen auseinandersetzen. Die Auswahl der Themen unserer Darstellung sowie deren Inhalt sind von den Ansichten der Autoren beeinflusst – das lässt sich nicht vermeiden. An manchen Stellen gehen wir auf Theorien und Argumente

---

21 Es wurden auf Bundesebene viele Gesetze erlassen, die das Schadenersatzrecht in den Einzelstaaten teilweise ergänzten, ersetzten oder verdrängten. So wurde beispielsweise nach einem großen Ölunfall vor der Küste Alaskas auf Bundesebene der Oil Pollution Act of 1990, 33 United States Code (U.S.C.) § 2701 ff erlassen, der die Haftung für Umweltverschmutzung durch Öl ua gegenüber Privatpersonen regelt, die durch einen Ölunfall Schaden erleiden. In den vergangenen 20 Jahren hat der US Supreme Court immer wieder explizite oder implizite Verdrängung von einzelstaatlichem Recht durch bundesgesetzliche Regulierungsgesetzgebung festgestellt, zB bei Warnungen hinsichtlich Zigaretten, Fungiziden, Herbiziden und Generika. Bei einer Verdrängung durch Bundesrecht wird das einzelstaatliche Recht unanwendbar, und Geschädigte können auf das (einzelstaatliche) Deliktsrecht (tort law) nicht zurückgreifen.

22 Siehe *American Law Institute,* About A.L.I. – A.L.I. Overview <http://ali.org/index.cfm?fuseaction=about.creation> (zuletzt aufgerufen am 11.10.2012).

von Basic Questions I ein, die unseres Wissens im US-amerikanischen Schadenersatzrecht nicht angesprochen werden. In Bereichen, die in der Rechtswissenschaft und Literatur diskutiert werden (und in denen es unterschiedliche Meinungen gibt), folgen wir jener Meinung, die unseres Erachtens die treffendsten Argumente vorbringt, anstatt den vorliegenden Bericht mit einer Darstellung aller Ansichten zu überladen. Als Grundlage für unsere Darstellung haben wir das *Third Restatement of Torts* herangezogen: zum einen, weil es eine systematische Darstellung des heutigen Deliktsrechts in den USA ist, und zum anderen, weil einer der beiden Autoren dieses Berichts bei der Erstellung wesentlicher Teile des Third Restatement mitwirkte.

Für Folgendes wollen wir vorab um Nachsicht bitten: Da wir der deutschen Sprache (oder anderer kontinentaleuropäischer Sprachen) nicht mächtig sind, konnten wir den in Basic Questions I angeführten Quellenangaben nicht weiter nachgehen und uns mit den dort angesprochenen Problemen nicht vertieft auseinandersetzen. Die fehlenden Fremdsprachenkenntnisse haben daher leider an vielen Stellen ein tiefergehendes Verständnis von Prinzipien, Lehrmeinungen und Analysen in Basic Questions I verhindert. **6/12**

II. Organisatorisches

Amerikanische Schadenersatzrechtler wären ob der Struktur von Basic Questions I irritiert. Das Deliktsrecht in den USA wird jeweils in einer von zwei möglichen Perspektiven dargestellt: 1) nach dem haftungsauslösenden Verhalten (zB Fahrlässigkeit [negligence], verschuldensunabhängige Haftung [strict liability] oder Vorsatz [intent]), und 2) nach dem geschützten Interesse (zB körperliche Unversehrtheit oder Ehre). Die bekannteste zeitgenössische Abhandlung zum US-amerikanischen Deliktsrecht beginnt daher mit einigen Abschnitten zu vorsätzlichen Handlungen in den Bereichen Körperverletzung, bewegliche und unbewegliche Sachen, und widmet sich im darauffolgenden Abschnitt fahrlässig herbeigeführten Verletzungen dieser Interessen[23]. Ähnlich beginnt ein führendes Casebook zum Deliktsrecht mit Fahrlässigkeitshaftung für Personenschäden und behandelt später in gesonderten Abschnitten Ansprüche aus verschuldensunabhängiger Haftung und Vorsatzdelikten sowie wegen reiner Vermögens-, Gefühls- und anderer nicht-körperlicher Schäden[24]. **6/13**

23 *D. B. Dobbs/P. T. Hayden/E. M. Bublick,* The Law of Torts² (2011).

24 Siehe *M. A. Franklin/R. L. Rabin/M. D. Green,* Tort Law and Alternatives: Cases and Materials⁹ (2011).

6/14 Im Gegensatz dazu beginnt Basic Questions I nach der Einleitung mit Rechtsbehelfen (remedies)[25]. Dieses umfassende Kapitel befasst sich ausführlich mit Unterlassungsansprüchen (injunctions) – einem äußerst seltenen Rechtsbehelf im tort law der USA –, mit dem Verhältnis von Eigenschadenversicherungen und der Sozialversicherung zum Schadenersatz nach Deliktsrecht, sowie mit den gesonderten, doch teilweise überlappenden Funktionen des Schadenersatz- und des Strafrechts. Im Hauptkapitel über die anspruchsbegründenden Elemente, Teil 5, wird nicht zwischen den Schädigungen der einzelnen Interessen und den daraus erwachsenden Ansprüchen unterschieden, sondern es werden Aspekte behandelt, die für alle Ansprüche relevant sind. Im Schadenersatzrecht besonders wichtige Begriffe wie Kausalität, Haftungsumfang und Verhaltenspflichten werden zwar im jüngsten *Third Restatement of Torts* dargestellt, doch beschränkt sich das Restatement auf deliktische Ansprüche aus Schäden an Personen oder Sachen; stillschweigend anerkennend, dass diese Grundsätze anzupassen sind, sollten Ansprüche aus Verletzung anderer Interessen geltend gemacht werden[26].

6/15 Wir möchten auch darauf hinweisen, dass in den USA zwischen Deliktsrecht und Vertragsrecht wesentlich stärker unterschieden wird als in Ländern des deutschen Rechtskreises. »Obligationenrecht« ist im US-amerikanischen Recht kein gebräuchlicher Ausdruck. Im Studium werden das Delikts- und das Vertragsrecht in separaten Lehrveranstaltungen mit unterschiedlichen Lehrbüchern von verschiedenen Professoren gelehrt. Obgleich es auch im US-amerikanischen Recht Überschneidungen der beiden Rechtsbereiche gibt[27] und das Delikts- und das Vertragsrecht gleichsam um die Vorherrschaft in diesen Bereichen ringen, darf nicht übersehen werden, dass sie aus der Sicht der US-amerikanischen Rechtsordnung voneinander unabhängig sind.

25 Basic Questions I Rz 2/1 ff.

26 So gibt es im Third Restatement unterschiedliche Bestimmungen für den Haftungsumfang, je nachdem, ob der Anspruch auf Fahrlässigkeit oder Vorsatz basiert, selbst wenn dasselbe Interesse verletzt ist. Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) §§ 29, 33.

27 Beispielsweise in den Bereichen von Produkthaftung und ausdrücklicher Haftungsfreizeichnung. Siehe zB *M. A. Geistfeld,* Principles of Products Liability (2005) 29–40 (behandelt die dogmatischen Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass manche Ansprüche aus Produkthaftung von Konsumenten, andere von Dritten erhoben werden).

Teil 1 Einleitung

I. Eigenrisiko des Geschädigten

Das zentrale Prinzip dieses Abschnitts[28] – dass Verluste vom Geschädigten zu tragen sind, es sei denn, es liegen Gründe für eine Schadensüberwälzung vor – wurde von *Holmes* in The Common Law beschrieben und gerechtfertigt: »Es ist ein allgemeiner Grundsatz unserer Rechtsordnung, dass jeder seinen Schaden selbst zu tragen hat, und zwar auch dann, wenn das Unglück auf menschliches Handeln zurückzuführen ist. ... Wäre dem nicht so, würde jede auch noch so weit entfernte Handlung, die eine Reihe physischer Abläufe ausgelöst hat, ausreichen, um Ersatzansprüche zu begründen; beispielsweise das Reiten eines durchgehenden Pferdes; oder jemand, der einen Anfall hat und in einem unbewussten Krampf den Kläger schlägt. Warum kommt es überhaupt auf eine Handlung des Beklagten an, und wieso genügt es nicht, dass seine Existenz sich zu Lasten des Klägers ausgewirkt hat? Die Voraussetzung einer Handlung ist nichts anderes als die Voraussetzung, dass der Beklagte eine Wahl treffen hätte sollen. Doch der einzig mögliche Zweck der Einführung dieses moralischen Elements ist es, das Vermögen, Übel zu vermeiden, zu einer Haftungsvoraussetzung zu machen. Ein derartiges Vermögen ist nicht gegeben, wenn das Übel nicht vorhersehbar ist. Es stimmt, der Mensch muss nicht diese oder jene Handlung setzen – der Begriff *Handlung* impliziert, dass er eine Wahl hat –, aber irgendetwas muss er tun. Außerdem profitiert die Allgemeinheit für gewöhnlich von menschlicher Tätigkeit. Da das Handeln also nicht vermieden werden kann und normalerweise dem allgemeinen Besten dient, gibt es auch keine Rechtfertigung dafür, das Risiko dessen, was gleichzeitig wünschenswert und unvermeidbar ist, dem Handelnden aufzubürden. Der Staat könnte zu einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit für Unfälle werden und die Last aus den Missgeschicken seiner Bürger auf alle seine Mitglieder aufteilen. Es könnte eine Rente für Gelähmte geben und staatliche Unterstützung für jene, die aufgrund von Unwettern oder wilden Tieren Schaden an Leib und Leben oder am Vermögen erlitten haben. Für das Verhältnis der Menschen zueinander könnte der Staat das »pro-tanto-Prinzip« einführen, und die Schäden aufteilen, wenn beide Beteiligte ein Verschulden trifft – wie im »rusticum judicium« der Seegerichtsbarkeit (admiralty). Es könnte aber auch der Grundsatz gelten, dass jeder Schaden vom Handelnden zu tragen ist, unabhängig vom Verschulden. Der **6/16**

28 Basic Questions I Rz 1/1–8.

Staat tut jedoch nichts dergleichen. Die vorherrschende Meinung diesbezüglich ist, dass die teure und schwerfällige Staatsmaschinerie nur dann in Gang gesetzt werden soll, wenn durch die Störung des status quo ein eindeutiger Vorteil zu gewinnen wäre. Die Einmischung des Staates ist immer dann schlecht, wenn sie nicht eindeutig gut ist. Eine universelle Versicherung, falls sie gewünscht ist, kann von privaten Unternehmen besser und billiger bereitgestellt werden. Der Versuch, Schäden nur deshalb umzuverteilen, weil sie das Ergebnis der Handlung des Beklagten sind, wäre eben diesen Einwänden ausgesetzt, aber ganz besonders – so hat die vorangehende Diskussion hoffentlich gezeigt – diesem einen, viel schwerwiegenderen: es würde damit der Gerechtigkeitssinn verletzt. Sofern mein Handeln andere nicht bedroht, sofern ein umsichtiger Mensch nach den Umständen die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens nicht vorhersehen hätte können, ist es ebenso wenig gerechtfertigt, mich zu zwingen, meinen Nächsten schadlos zu halten, wie dann, wenn ich auf Grund eines Krampfes auf ihn falle, oder wenn ich gezwungen würde, ihn gegen Blitzschlag zu versichern«[29].

6/17 In Basic Questions I wird ein Grund für die Schadensüberwälzung genannt, und zwar das Ziel der »Schadensverhütung«[30]. Diese Rechtfertigung ist in den USA unter Schadenersatzrechtlern strittig: Einige lehnen für das Deliktsrecht jegliche gesellschaftspolitische Zweckbestimmung (instrumental goal) ab und bestehen darauf, dass das Deliktsrecht ein Mechanismus zur Regulierung von Schäden ist und sein soll, die einem Verletzten von einem unerlaubt Handelnden zugefügt wurden. Bekannte Vertreter dieser anti-gesellschaftspolitischen (non-instrumental) Schule sind *Jules Coleman* und *Ernie Weinrib;* daneben gibt es jedoch noch viele weitere Anhänger[31]. Der Gedanke der Vorbeugung durch wirkungsvolle Abschreckung hat jedoch starke Beachtung gefunden, seit die Anhänger einer ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts, wie *Guido Calabresi* und *Richard Posner* auf den Plan getreten sind, die mit einer Analyse des Deliktsrechts begannen[32]. Der führende Verfechter einer »gemischten Ausrichtung des Deliktsrechts«, der die Idee einer einzigen Meta-Theorie zur Darstellung oder Rechtfertigung des Deliktsrechts ablehnt, ist *Gary Schwartz*[33].

29 *Holmes,* Common Law 94–96.

30 »Das *primäre* Anliegen der Rechtsordnung, nämlich die *Schadensverhütung,* sollte nicht aus den Augen verloren werden.« Basic Questions I Rz 1/7.

31 *J. L. Coleman,* Risks and Wrongs (1992); *E. J. Weinrib,* The Idea of Private Law (1995) 187. Vor Kurzem haben *John Goldberg* und *Ben Zipursky* eine »non-instrumental theory« zu den zivilrechtlichen Rechtsbehelfen aufgestellt und damit Anhänger (und Kritiker) erworben. Siehe *J. C. P. Goldberg/B. Zipursky,* Civil Recourse Revisited, 39 Florida State University Law Review (2011) 341.

32 Siehe *G. Calabresi,* The Costs of Accidents (1970); *W. M. Landes/R. A. Posner,* The Economic Structure of Tort Law (1987); *R. A. Posner,* A Theory of Negligence, 1 Journal of Legal Studies (J. Legal Stud.) (1972) 29.

33 Siehe *G. T. Schwartz,* Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice, 75 Texas Law Review (Tex. L. Rev.) (1997) 1801; siehe auch *C. J. Robinette,* Can There Be

Unseres Erachtens ist eine weitere Rechtfertigung für die Schadensüberwälzung zu nennen, die im Zuge des Aufkommens der verschuldensunabhängigen Produkthaftung in den USA großen Einfluss hatte. Viele Theoretiker und Praktiker erkannten die Bedeutung der »Schadensverteilung« (»loss spreading«). Die Überlegung ist, dass zwar die Schadensüberwälzung den Schaden nicht aus der Welt schafft, wie bereits in Basic Questions I dargelegt wurde[34], jedoch durch die Verteilung eines katastrophalen Schadens auf viele die Schwere des Schadens – zumindest im Sinne der Nützlichkeit – entsprechend dem Versicherungsprinzip verringert und ferner durch die Bereitstellung von Mitteln zur Rehabilitation des Geschädigten der Schaden vermindert werden kann[35]. **6/18**

II. Versicherungslösung statt Haftpflichtrecht?

Die US-amerikanische Rechtsordnung kennt auch verschuldensunabhängige Entschädigungen. Wie in Deutschland und Österreich existiert ein Entschädigungssystem für Arbeitsunfälle, bei dem es auf ein Verschulden des Dienstgebers oder des Dienstnehmers nicht ankommt[36]. In Folge der Ereignisse am 11. September wurden Gesetze zur Entschädigung der Opfer des Angriffs auf das World Trade Center und ihrer Angehörigen erlassen. In einigen Staaten gelten verschuldensunabhängige Haftungsregeln im Straßenverkehr, die häufig das Deliktsrecht nicht vollständig verdrängen[37]. **6/19**

Ein Wort noch zu einem schon in Basic Questions I angesprochenen Nachteil von verschuldensunabhängigen Regelungen, die Verletzungen durch Unfälle betreffen: Wenn das Verschulden keine Rolle spielt, wird der Anreiz, auf seine eigene Sicherheit zu achten, vermindert und die Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten gefördert[38]. Das ist auch der von der ökonomischen Analyse des Schadenersatzrechts am häufigsten genannte Grund für die Beibehaltung der *contributory negligence-Regel*[39]. Letzten Endes handelt es sich dabei jedoch um eine empirische **6/20**

a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine, 43 Brandeis Law Journal (2005) 369.

34 Basic Questions I Rz 1/2.

35 Siehe *Calabresi,* Accidents 39–45; *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno,* 150 Pacific Reporter, Second Series (P.2d) 436, 461, 462 (California 1944) *(Traynor, J.,* zustimmend).

36 Siehe *O. Kramer/R. Briffault,* Workers' Compensation: Strengthening the Social Compact (1991); *M. D. Green/D. Murdock,* Employers' Liability and Workers' Compensation in the United States, in: K. Oliphant (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 437 ff.

37 Siehe *Franklin/Rabin/Green,* Tort Law and Alternatives⁹ 852–57.

38 Basic Questions I Rz 1/11.

39 Siehe *Landes/Posner,* Economic Structure 75 f; *J. P. Brown,* Toward an Economic Theory of Liability, 2 J. Legal Stud. (1973) 323, 323 f; *R. A. Epstein,* Products Liability as an Insurance Market,

Angelegenheit, keine logische. Außerdem sprechen gute Gründe für die Annahme, dass gesetzlich nicht vorgesehene Anreize zu angemessenem risikobewusstem Verhalten – einschließlich der Überlegung einer Vermeidung von Gefährdung der eigenen Person – alle Anreize des Deliktsrechts in den Schatten stellen[40].

III. Strenge Grenzen und starre Normen oder fließende Übergänge und elastische Regeln?

6/21 Die Diskussion um die Grenzziehung zwischen den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen und *F. Bydlinskis* Theorie des beweglichen Rechtssystems sind für einen common-law-Juristen schwer nachvollziehbar[41]. Natürlich gibt es im common law häufig Überschneidungen von vermeintlich verschiedenen Rechtsgebieten. Jede Kategorisierung von Rechtsgrundsätzen ist bis zu einem gewissen Grad künstlich und nur insoweit hilfreich, als sie zur Kohärenz und Fairness bei der Rechtsanwendung beiträgt.

6/22 Das US-amerikanische Deliktsrecht war früher vom Alles-oder-Nichts-Denken geprägt, wie es in Basic Questions I dargestellt wird[42]. Mitverschulden (contributory negligence) bedeutete daher den gänzlichen Ausschluss jeglichen Ersatzes; als Geschädigter wurde man entweder vollkommen entschädigt oder gar nicht. Eine Aufteilung auf solidarisch haftende Schädiger war nicht vorgesehen, und der »letzte Täter (last wrongdoer)« galt als unmittelbarer Verursacher des Schadens (proximate cause) und haftete demnach zur Gänze[43]. Dieses Alles-oder-Nichts-Denken verschwand immer mehr von der Bildfläche und machte Platz für tiefgreifende Änderungen im Deliktsrecht der USA des 20. Jahrhunderts[44].

---

14 J. Legal Stud. (1985) 645, 653 f; *D. Haddock/C. Curran,* An Economic Theory of Comparative Negligence, 14 J. Legal Stud. (1985) 49, 52–54.

40 Siehe *G. T. Schwartz,* Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal, 87 Yale L.J. (1978) 697, 713–19. *Schwartz* schließt seine Analyse der Bedeutung der »contributory negligence« für das Verhalten von Geschädigten mit der Feststellung, dass gute Gründe für die Annahme sprechen, dass dieser Effekt »beschränkt und unberechenbar« sei. Ebendort 718.

41 Basic Questions I Rz 1/28–31.

42 Basic Questions I Rz 1/25–27.

43 Siehe *L. H. Eldredge,* Culpable Intervention as Superseding Cause, 86 University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.) (1937) 121, 124 f (beschreibt die Entwicklung der Regel vom letzten Täter als Aspekt der Kausalität und ihr Verschwinden am Anfang des 20. Jahrhunderts).

44 Richter *Calabresi* bezeichnete die Haftungsteilung als die wichtigste Entwicklung im Schadenersatzrecht seit dem Aufkommen der Haftpflichtversicherung am Beginn des 20. Jahrhunderts. *G. Calabresi/J. O. Cooper,* New Directions in Tort Law, 30 Valparaiso University Law Review (Val. U.L. Rev.) (1996) 859, 868. Auch *R. Rabin,* ein weiterer führender Wissenschaftler im Schadenersatzrecht, meint, dass das Abgehen vom Alles-oder-Nichts-Prinzip im Schadenersatzrecht eine

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

Obwohl gelegentlich Rechtsschutz durch Unterlassungs- oder Feststellungsurteile gewährt, die Höhe des Schadenersatzes nach der unrechtmäßigen Bereicherung des Beklagten bemessen, nomineller Schadenersatz oder Strafschadenersatz zugesprochen wird, sind dem Schadensausgleich dienende Zahlungen (compensatory damages) noch immer die häufigsten Rechtsbehelfe im Recht der unerlaubten Handlungen (tort cases). Nach Meinung der US-amerikanischen Gerichte ist die primäre Funktion der Ersatzleistungen, den Geschädigten so zu stellen, wie er stünde, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre – wenngleich gelegentlich auch der Zweck der Abschreckung diskutiert wird. **6/23**

Der kompensatorische Ersatz in Fällen deliktischer Haftung wird in drei Varianten zugesprochen: Ersatz für »allgemeine« Schäden, Ersatz für »spezielle« Schäden sowie Ersatz für »Folgeschäden«. Allgemeine Schäden – aus der Sicht des Klägers oft der Kern des Anspruches – sind Nichtvermögensschäden; dazu gehören Schmerzen und Leiden, Verlust der ehelichen Lebensgemeinschaft, Gefühlsschäden, Verlust der Lebensfreude und Verlust der Würde. Spezielle Schäden umfassen materielle Schäden – typischerweise Einkommensverluste, Ausgaben für medizinische Behandlungen und Sachschäden. Unter Folgeschäden sind schließlich Aufwendungen zur Schadensminderung zu verstehen – beispielsweise bei einem Autounfall jene Kosten, die dem Kläger entstehen, weil er ein Fahrzeug mieten muss, während sein vom Beklagten beschädigtes Fahrzeug repariert wird. Ein Kläger, dem ein Personen- oder Sachschaden zugefügt wurde, hat Anspruch auf Ersatz all dieser Schäden. Wie jedoch bereits in anderen Kapiteln dargestellt wurde, hat der Geschädigte, der reine Gefühls- oder reine Vermögensschäden erlitten hat, normalerweise keinen Anspruch auf Ersatz. Obwohl diese Regeln häufig mit Hilfe des Begriffs der »Pflichten« ausgedrückt werden, stellen sie eigentlich Beschränkungen des Ersatzes dar, auf den der Geschädigte Anspruch hat. **6/24**

Der vielleicht größte Unterschied zwischen dem US-amerikanischen und dem europäischen System der Rechtsbehelfe liegt darin, dass in den USA der Ersatz von einem Geschworenenkollegium (»jury«) bestimmt wird und vom Richter kaum Vorgaben gemacht werden. Wenngleich häufig Befürchtungen geäußert werden, dass die Jury dabei »Wildwestmethoden« anwende, konnten Studien zeigen, dass **6/25**

der fünf wichtigsten Entwicklungen im Schadenersatzrecht des 20. Jahrhunderts war. Siehe *R. L. Rabin,* Past as Prelude: The Legacy of Five Landmarks of Twentieth-Century Injury Law for the Future of Torts, in: M.S. Madden (Hrsg), Exploring Tort Law (2005) 52.

diese Bedenken unbegründet sind. So lag im Jahr 2005 der durchschnittlich zugesprochene Entschädigungsbetrag bei Verfahren vor einzelstaatlichen Gerichten bei $ 24.000,– und damit nur geringfügig höher als der durchschnittliche Ersatz bei Verfahren vor einem Richter ohne Mitwirkung von Geschworenen (bench trials, $ 21.000,–). Überdies sind Schadenersatzzahlungen seit 1992 im Allgemeinen um 50 % zurückgegangen. Dies ist vor allem auf eine starke Senkung in den von Geschworenen zugesprochenen Beträgen in Kraftfahrzeugfällen zurückzuführen. Im Gegensatz dazu sind die durchschnittlichen Ersatzzahlungen in Produkt- und Arzthaftungsfällen im selben Zeitraum angestiegen.

6/26 In Schadenersatzfällen erhält die Jury vom Richter typischerweise nur spärliche Vorgaben, die wenig konkrete Anleitung gewähren. Dagegen hat der Gesetzgeber in den vergangenen 30 Jahren die Kontrolle über die Jury verstärkt und den zugesprochenen Ersatz im Rahmen der Schadenersatzreformbewegung (die oben in den Vorbemerkungen behandelt wird; siehe Rz 6/2 ff) betragsmäßig beschränkt. Diese Beschränkungen betreffen jedoch oft nur allgemeine (dh Nichtvermögens-) Schäden und häufig nur bestimmte Anspruchsgruppen, allen voran die Arzthaftung. Unklar ist, welcher Zweck damit verfolgt wird – jene Ersatzzahlungen zu beschränken, die als unverhältnismäßig im Hinblick auf das tatsächliche Fehlverhalten oder die Verletzung empfunden werden, oder schlicht die Zahl an Schadenersatzverfahren zu reduzieren.

I. Schadenersatzansprüche

6/27 In Basic Questions I wird behauptet, dass Abschreckung hauptsächlich eine Funktion des Strafrechts sei und dieses jene Lücken füllt, in denen der deliktische Schadenersatz nicht abschreckend genug ist[45]. Wir kennen die europäischen Strafrechtsordnungen und deren Durchsetzungsmaßnahmen nicht, doch sind wir skeptisch[46] bezüglich des Strafrechts der USA, ob dieses eine ausreichend abschreckende Wirkung im Bereich jener unternehmerischen Verfehlungen entfalten kann, die – wie in den Asbest-, Vioxx-[47] und DES-Fällen[48] – zu Masseschäden führen.

---

45 Basic Questions I Rz 2/51.

46 Wenngleich wir feststellen, dass Grundfragen des Schadenersatzrechts I am Rande auch auf strafrechtliche Schwachstellen hinweisen (siehe Rz 2/62).

47 Vioxx war ein verschreibungspflichtiges nichtsteroidales Antirheumatikum gegen akute Schmerzen und Arthritis. Es wurde vom Markt genommen, als man feststellte, dass es unerwünschte kardiovaskuläre Ereignisse hervorrief. Siehe *McDarby v. Merck & Co., Inc.,* 949 Atlantic Reporter (A.) 2d 223 (New Jersey App. 2008).

48 »DES« ist die Abkürzung für Diethylstilbestrol, einen Arzneistoff, der von zahlreichen Unternehmen erzeugt wurde. Er sollte Fehlgeburten verhindern, rief jedoch Schäden am Fötus her-

Erstens sind Strafverfahren gegen Unternehmen in den USA äußerst selten[49]. Die Zahl der durch Bundesgerichte verurteilten Unternehmen ist im letzten Jahrzehnt ständig gesunken. Im Jahr 1999 gab es 255 Verurteilungen[50]. Im Geschäftsjahr 2011 waren es nur mehr 160[51]. Und natürlich decken diese Verurteilungen die gesamte Bandbreite rechtswidrigen Verhaltens ab, das für Unternehmen überhaupt möglich ist – einschließlich Finanzbetrug, Kartellbildung und Umweltdelikte. **6/28**

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, haben die bedeutenden Masseschäden in den vergangenen 30 Jahren in den USA nur selten zu strafrechtlichen Verurteilungen geführt. So wurde zB in den Asbest-Verfahren, in denen es wegen ungeheuerlicher Rechtsverletzungen in den ersten Jahren zum Zuspruch enormer Beträge an Strafschadenersatz kam[52], kein einziges Asbest-Unternehmen in den USA strafrechtlich verurteilt. Soweit uns bekannt, gab es ein einziges Strafverfahren, bei dem die Angeklagten jedoch freigesprochen wurden[53]. Die weltweit erste derartige Verurteilung fand in Turin (Italien) im Jahr 2012 statt[54]. **6/29**

Bei den Dalkon Shield-Masseschäden ging es um ein Intrauterinpessar, das bakterielle Infektionen im Uterus hervorrief und zu Sepsis, Fehlgeburten und Tod führte. Als der Hersteller dessen gewahr wurde, fuhr er fort, die Probleme zu verheimlichen und zu leugnen, bis ausreichend Informationen durchsickerten und er das Produkt vom Markt nehmen musste. Die Schadenersatzzahlungen ließen das Unternehmen bankrott gehen. Strafrechtliche Verfolgung gab es keine[55]. **6/30**

---

vor. Der Fall war Grundlage für die Einführung der Haftung nach Marktanteilen in *Sindell v. Abbott Laboratories,* 607 P.2d 924 (California 1980).

49 *V. S. Khanna,* Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis, University of Michigan John M. Olin Center for Law & Economics, Discussion Paper No. 03–012, 12 (2003), abrufbar auf <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2003/Documents/khanna%2003-12.pdf>.

50 U.S. Sentencing Comm'n, Overview of Federal Criminal Cases Fiscal Year 2010 (2010) 10, abrufbar auf <http://www.ussc.gov/Research/Research_Publications/2012/FY10_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf>.

51 U.S. Sentencing Comm'n, 2011 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics, tbl. 51 (2011), abrufbar auf <http://www.ussc.gov/Data_and_Statistics/Annual_Reports_and_Sourcebooks/2011/Table51.pdf>. Die zwei Bereiche des Deliktsrechts, in denen noch stärkere Strafverfolgungstätigkeit entfaltet wurde, betrafen die Umwelt und den Arbeitsplatz. Strafverfolgung im Umweltrecht konzentrierte sich freilich auf Umwelt-, nicht auf Personenschäden. So bekannte sich Rockwell International im Strafprozess schuldig in Bezug auf seine Abfallentsorgung im Rocky Flat Atomkraftwerk und musste Strafzahlungen in der Höhe von $ 18,5 Millionen leisten. Die Strafverfolgung war abgeschlossen, bevor die Geschworenen knapp $ 177 Millionen kompensatorischen Schadenersatz und $ 111 Millionen Strafschadenersatz zusprachen. (Das Urteil wurde im Berufungsverfahren aufgehoben.) Siehe *Cook v. Rockwell Intern. Corp.,* 618 F.3d 1127 (10th Cir. 2010).

52 *P. Broduer,* Outrageous Misconduct: The Asbestos Industry on Trial (1985); *Fischer v. Johns-Manville Corp.,* 512 A.2d 466, 469 f (New Jersey 1986).

53 <http://scienceblogs.com/thepumphandle/2012/02/16/asbestos-company-owners-convic-1/>.

54 <http://switchboard.nrdc.org/blogs/jsass/first_ever_criminal_trial_of_a.html>.

55 *R. Sobol,* Bending the Law (1991) 67 FN 17. Es wurden Untersuchungen einer Grand Jury gegen Organe des Herstellers und der Gesellschaft geführt, doch es kam zu keiner strafrechtlichen Anklage. Wall Street Journal (12. Jänner 1990) B2, 3.

6/31 Auch die Tabakindustrie musste in den sie betreffenden Masseschadensfällen wegen irreführender Angaben und systematischer Verharmlosung schädigender Wirkungen zwar Strafschadenersatz leisten, wurde jedoch nicht strafrechtlich verfolgt[56].

6/32 Zwar haben einige Strafverfahren in spektakulären Schadenersatzfällen stattgefunden, doch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass das Strafrecht aufgrund seiner abschreckenden Wirkung Unternehmen von groß angelegtem Fehlverhalten abhält. In den 1960er Jahren plädierten William S Merrel Company und drei Geschäftsführer *nolo contendere;* es wurde ihnen vorgeworfen, sie hätten gegenüber der US-Regierung falsche Angaben über eines der ersten Cholesterin-Medikamente gemacht, das grauen Star bei den Patienten hervorrief. Es war der erste Masseschadensfall in der US-Geschichte[57]. Ein berühmtes, aber ergebnisloses Strafverfahren war jenes gegen Ford wegen seines Ford Pinto. Ford wurde vorgeworfen, lieber Entschädigungen nach Todesfällen zu zahlen, als die Konstruktion zu ändern und damit die Sicherheit von Menschenleben zu gewährleisten[58].

6/33 Ein Verfahren aus jüngerer Vergangenheit war jenes gegen den Pharmakonzern Merck. Nachdem Analysen aufgedeckt hatten, dass das Arthritis-Medikament Vioxx das Risiko von Herzinfarkten erhöhte, wurde dieses vom Markt genommen. Merck bekannte sich schuldig und leistete Strafzahlungen in Höhe von $ 321 Millionen.

6/34 Die strafrechtlichen Vorwürfe gegen Merck hatten jedoch nur am Rande damit zu tun, dass das Medikament Herzkrankheiten auslöste. Es ging vielmehr darum, dass der Konzern das Medikament verkaufte, bevor es überhaupt von der Arzneimittelaufsichtsbehörde zugelassen worden war. Merck zahlte fast $ 5 Milliarden für Vergleiche in Zivilverfahren, sodass letzten Endes die gerichtliche Strafzahlung weniger als 10 % der Schadenersatzleistungen ausmachte.

6/35 Die Tatsache, dass es in der jüngeren Vergangenheit bei einigen der besonders schuldhaften, ausgedehnten und öffentlichkeitswirksamen Masseschäden mit nur wenigen Ausnahmen zu keinen strafrechtlichen Verurteilungen gekommen ist, wirft für einen amerikanischen Beobachter die kritische Frage auf, ob das Strafrecht wirklich vor einem derart eklatanten unternehmerischen Fehlverhalten bewahren kann, das die schadenersatzrechtlich geschützten Interessen gefährdet.

---

56 Das ergibt sich konkludent aus dem Index von *R. Kluger,* Ashes to Ashes (1996), in dem kein Eintrag über eine strafrechtliche Verfolgung eines Tabakunternehmens zu finden ist.

57 Siehe *M. D. Green,* Bendectin and Birth Defects: The Challenges of Mass Toxic Substances Litigation (1996) 83–86.

58 Die verbreitete Ansicht, dass Ford Gewinn wichtiger gewesen wäre als Menschenleben, ist unrichtig. Siehe *G. T. Schwartz,* The Myth of the Ford Pinto Case, 43 Rutgers Law Review (1991) 1013.

II. Strafschadenersatz (Punitive damages)

In Basic Questions I[59] spiegelt sich die kontinentaleuropäische Haltung gegenüber Strafschadenersatz wider; einfach ausgedrückt: Schadenersatz dient der Entschädigung, Strafen sind dem Strafrecht vorbehalten. Nehmen wir vorläufig an, das Deliktsrecht (tort law) solle Bestrafung dem Strafrecht (criminal law) überlassen. Da lässt sich noch immer argumentieren, dass Strafschadenersatz (punitive damages) – von der Bezeichnung abgesehen – zur Abschreckung (deterrence) asozialen Verhaltens beiträgt[60]. Anstatt die Bezeichnung »Strafschadenersatz« zu verwenden, könnten wir ihn auch »anreiz-steigernden Schadenersatz« nennen[61]. Wenn ein Wiederholungstäter weiß, dass die Wahrscheinlichkeit, vom Opfer geklagt zu werden, bei weniger als 100 % liegt, reicht kompensatorischer Schadenersatz zur Abschreckung nicht aus. Es gibt eine Vielzahl von Gründen, warum Geschädigte nicht klagen: sie kennen den Schädiger nicht; sie wissen nicht, welche Vorsichtsmaßnahmen man ergreifen hätte können, um den Schaden zu verhindern; sie verzichten auf die Klage wegen der damit verbundenen Unannehmlichkeiten; es gibt zu wenige auf tort law spezialisierte Rechtsanwälte; sie haben Angst vor den Prozesskosten; oder die Prozesskosten sind höher als der eigentliche Schaden. In all diesen Fällen hat rein kompensatorischer Schadenersatz für ein Unternehmen keine abschreckende Wirkung. Strafschadenersatz kann allerdings Anreize für Unternehmen schaffen, sich an die Rechtsvorschriften zu halten und damit angemessene Abschreckung erzeugen[62]. Wir stellen fest, dass auch in Europa dann ein gesteigertes Interesse an Zahlungen besteht, die über den Schadens- **6/36**

59 Basic Questions I Rz 2/55–61.

60 Wir stellen fest, dass die Principles of European Tort Law die Bedeutung der Abschreckung im Schadenersatzrecht, wenn auch widerwillig, anerkennen. Siehe Art 10:101 PETL (»Damages also serve the aim of preventing harm.« »Schadensersatz dient auch dem Ziel, Schädigungen vorzubeugen«.) Siehe *European Group on Tort Law,* Principles of European Tort Law.

61 Das Argument ist jenem von *G. Wagner* in MünchKomm, BGB V[5] Vor § 823 Rz 2 f, sehr ähnlich.

62 *Dan Dobbs* spricht sich gerade für eine solche Legitimierung von Strafschadenersatz aus. Siehe *D. B. Dobbs,* Ending Punishment in »Punitive« Damages: Deterrence-Measured Remedies, 40 Alabama Law Review (1988) 831. *Catherine Sharkey* schlägt vor, Strafschadenersatz als Ersatz für gesellschaftlichen Schaden zu betrachten, der einen »Zufallsgewinn« (windfall) für den Kläger bewirkt. Sie nennt einige Gerichte, die ein geteiltes Entschädigungssystem eingeführt haben: ein Teil des Strafschadenersatzes geht an den Kläger, um andere potentielle Kläger zu ermutigen, derartige Ansprüche durchzusetzen, und der Rest geht an den Staat, um die Höhe dieses »Zufallsgewinnes« zu reduzieren. *C. M. Sharkey,* Punitive Damages as Societal Damages, Yale L.J. (2003) 113. Eine Schwierigkeit bei geteilten Systemen liegt freilich darin, dass sie enorme Anreize schaffen, das Verfahren durch Vergleich beizulegen, da jener Anteil, der im Falle eines Urteils an den Staat gehen würde, im Vergleichsfall von den Parteien einbehalten werden kann, zumal nicht festgestellt werden kann, dass Strafschadenersatz zugesprochen wurde.

ausgleich hinausgehen, wenn das gewöhnliche Ausmaß des Ersatzes nicht zureicht, um die gefährdeten Interessen zu schützen[63].

6/37 In diesem Zusammenhang sollte der berühmte Fall von Prinzessin *Caroline von Monaco* nicht unerwähnt bleiben. Das beklagte Magazin, *Die Bunte,* veröffentlichte ein Interview mit Prinzessin *Caroline,* das jedoch nie stattgefunden hatte. Der Artikel war eine Fälschung. Der Deutsche Bundesgerichtshof erkannte, dass die durch den Artikel erzielten Einnahmen des Schädigers bei der Festsetzung der angemessenen Schadenersatzhöhe Berücksichtigung zu finden hätten, sodass zukünftige Eingriffe in ihr Persönlichkeitsrecht unterbunden würden[64]. *Volker Behr,* ein deutscher Rechtswissenschaftler, sagte zu den über den Ausgleich hinausgehenden Zahlungen in der deutschen Rechtsordnung:

6/38 »Auch wenn die Tatsache, dass immer mehr Schadenersatzleistungen zugesprochen werden, die über den bloßen Ausgleich hinausgehen, auf ganz unterschiedliche Sachverhalte zurückführen ist, ist sie bezeichnend für den systematischen Versuch, dem Grundgedanken, dass rechtswidriges Verhalten sich nicht bezahlt machen darf, Geltung zu verschaffen.«[65]

6/39 *Behr* nennt einige Beispiele, darunter auch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, um seine Schlussfolgerungen zu untermauern.

6/40 Bevor wir uns einem anderen Thema widmen, wollen wir uns der Feststellung in Basic Questions I anschließen, dass Strafschadenersatz in den USA umstritten ist[66]. Eine Zeit lang nahm die Zahl an zugesprochenem Strafschadenersatz alarmierend schnell zu und die Gefahr von Strafschadenersatz hemmte sogar die Produktionstätigkeit, denn Geschäftsführer und Manager hatten Angst vor hohen

63 Im Jahr 2009 veröffentlichte das Institut für Europäisches Schadenersatzrecht einen Rechtsvergleich zu Strafschadenersatz im common law und civil law und entdeckte zumindest einige Risse in der Anti-Strafschadenersatz-Mauer in europäischen Ländern: *H. Koziol/V. Wilcox* (Hrsg), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009). 2010 fand eine Konferenz in der Ius Common Research School in den Niederlanden zur Bedeutung von Strafschadenersatz statt. Über die Konferenz wurde ein Band veröffentlicht von *L. Meurkens/E. Nordin,* The Power of Punitive Damages (2012). Der provokante Untertitel lautete: »Is Europe Missing Out« (Hat Europa den Anschluss verpasst?).

64 Siehe *T. U. Amelung,* Damage Awards for Infringement of Privacy – The German Approach, 14 Tulane European and Civil Law Forum (1999) 15, 21–24. Wir wurden von *Helmut Koziol* informiert, dass eine Reihe deutscher Rechtswissenschaftler gemeint habe, der Bundesgerichtshof hätte sich statt auf Schadenersatzrecht auf ungerechtfertigte Bereicherung stützen können, um über den Ausgleich hinausgehende Zahlungen zu rechtfertigen. Siehe *P. Schlechtriem,* Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, Hefermehl-FS (1976) 445; *C.-W. Canaris,* Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Deutsch-FS (1999) 87 ff; *M. Schrewe,* Haftung für die unerlaubte Nutzung fremder Sachen und Rechte (1998) 28 ff, 188 ff, 357 ff.

65 *V. Behr,* Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chicago-Kent Law Review (2003) 105, 147.

66 Basic Questions I Rz 2/58.

Strafzahlungen, sie überschätzten deren Umfang und Häufigkeit und wurden risikoscheu[67].

6/41 *David Owen* schrieb im Jahr 1982, nachdem er sich intensiv mit dem Anstieg von Strafzahlungen in Produkthaftungsfällen auseinandergesetzt hatte: »Strafschadenersatz[68] wird mittlerweile grundsätzlich freundlich aufgenommen. Meine Befürchtung ist, dass es nun auch bald geradezu üblich werden wird, derart hohe Entschädigungssummen zuzusprechen.«[69] Seit damals wurden umfangreiche Gesetzesreformen in die Wege geleitet, durch die Strafzahlungen in den USA beschränkt wurden. Einige dieser Reformen sind auf die Rechtsprechung des US Supreme Court zurückzuführen, der die Strafzahlungen unter Berufung auf den verfassungsmäßig verankerten Grundsatz des ordnungsgemäßen Verfahrens (due process)[70] einschränkte; andere sind das Ergebnis der Gesetzgebung der Einzelstaaten, die eine Reihe von Reformen zur Begrenzung der Strafzahlungen beschlossen[71].

6/42 Ergebnis der geänderten Rechtslage und eines Gesinnungswechsels ist, dass heutzutage in den USA Strafschadenersatz nur mehr selten zugesprochen wird, insbesondere in Fällen von Körperverletzungen, dem Kernbereich des Deliktsrechts. Eine vor Kurzem durchgeführte Studie zeigte, dass im Jahr 2005 in nur etwa 5 % aller Gerichtsverfahren, in denen die Kläger erfolgreich waren, Strafschadenersatz geleistet werden musste[72]. Da im Durchschnitt nur etwa jeder zweite Kläger erfolgreich ist, werden die Beklagten in nur 2,5 % aller Schadenersatzverfahren, die zu einem Urteil führen, zur Zahlung von Strafschadenersatz verurteilt. Berücksichtigt man überdies die Tatsache, dass Schadensfälle nur selten in einem Gerichtsverfahren gelöst werden, so sind es im Ergebnis nur mehr 0,04 % aller

67 Siehe zB *S. Garber,* Product Liability and the Economics of Pharmaceutical and Medical Devices (1993) 72–74 (erklärt, wie die »Verfügbarkeitsheuristik« in die Entscheidungsfindung von Unternehmen einfließt, in der das Risiko einer hohen Schadenersatzverurteilung überschätzt wird).

68 *Owen* bezog sich auf den berüchtigten *Ford-Pinto-Fall,* in dem ein Teenager, der aufgrund eines Defekts im Treibstofftank starke Verbrennungen erlitt und im Jahr 2012 Strafschadenersatz in der Höhe von $ 329 Millionen zugesprochen erhielt. Siehe *Grimshaw v. Ford Motor Co.,* 174 California Reporter (Cal. Rptr.) 348 (App 1981).

69 *D. Owen,* Problems in Assessing Punitive Damages Against Manufacturers of Defective Products, 49 University of Chicago Law Review (1982) 1, 6; siehe auch *Moore v. Remington Arms Co.,* 427 North Eastern Reporter (N.E.) 2d 608, 616 f (Illinois Ct. App. 1981) (»Das Blatt hat … sich gewendet: Strafschadenersatzzahlungen sind im ganzen Land zur Routine geworden, und schwindelerregend hohe Beträge sind zugesprochen worden«).

70 Siehe zB *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell,* 538 U.S. 408 (2003).

71 Für eine umfassende Darstellung der gesetzlichen Strafschadenersatzreform siehe <http://www.atra.org/issues/punitive-damages-reform> (zuletzt aufgerufen am 15.1.2013).

72 *L. Langton/T. H. Cohen,* Bureau of Justice Statistics Special Report, Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005 (2008) 6, abrufbar auf <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cbjtsc05.pdf>.

geltend gemachten Schadenersatzansprüche, die mit einer Zahlung von Strafschadenersatz enden[73].

6/43 In Fällen mit Körperverletzung wird zudem fünf Mal seltener Strafschadenersatz zugesprochen als in Wirtschaftsdelikten (commercial torts). Nur weniger als 1 % der Verfahren, die mit einer Verurteilung enden, und 0,01 % der geltend gemachten Ansprüche auf Schadenersatz wegen Körperverletzung führen im Ergebnis zu Strafzahlungen. Der Mittelwert der 700 zugesprochenen Strafschadenersatzzahlungen im Jahr 2005 lag bei € 50.000,–. Die durchschnittliche Höhe war allerdings mit € 340.000,– eklatant höher, und zwar wegen einzelner »Ausreißer«, bei denen extrem hohe Beträge zugesprochen wurden. Unter den verschiedenen Gruppen von Schadensfällen war der höchste Mittelwert von € 5,4 Millionen bei den commercial torts (und zwar jenen wegen Beeinträchtigung von vertraglichen Beziehungen) zu finden.

III. Präventiver Schadenersatz

6/44 Wie in Basic Questions I festgestellt wird[74], trifft es zu, dass es im Deliktsrecht keine eigenständige Klage für präventiven Schadenersatz (preventive damages) gibt. Im Anschluss an diese Feststellung wird dargelegt, dass Prävention (oder Abschreckung) erstens nicht das einzige Ziel des Deliktsrechts und zweitens dem »eigentlichen Ziel«[75], der Entschädigung, nachgeordnet ist. Drittens wird aufgezeigt, dass die Argumente von *G. Wagner* für präventiven Schadenersatz nicht »sehr überzeugend« sind. Ein amerikanischer Beobachter des Deliktsrechts würde sicherlich zustimmen, dass Abschreckung nicht das alleinige Ziel des Schadenersatzrechts ist. Entschädigung ist es jedoch sicherlich auch nicht, da ansonsten ein Geschädigter aus jeder wohlgefüllten Tasche, die er findet, Ersatz erlangen könnte.

6/45 Wie in Basic Questions I eingangs dargestellt, gilt der Grundsatz, dass der Geschädigte seinen Schaden selbst zu tragen hat[76]. Es ist mehr als das Bedürfnis nach Ausgleich erforderlich, um die schwerfällige Maschinerie des Schadenersatzrechts in Gang zu setzen. Wir sind daher der Ansicht, dass weder der Ausgleich noch die Prävention alleiniges Ziel des Schadenersatzrechts ist[77]. Ein US-amerikanischer Beobachter könnte an dieser Stelle noch hinzufügen, dass das

73 *M. Galanter,* The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, 1 Journal of Empirical Legal Studies (2004) 459, 459.

74 Basic Questions I Rz 2/63–67.

75 Basic Questions I Rz 3/1.

76 Basic Questions I Rz 1/1–3 (»Es bedarf daher *besonderer Gründe,* die es gerechtfertigt erscheinen lassen, dass der Geschädigte den Schaden auf einen anderen überwälzen kann«).

77 Siehe *Schwartz,* 75 Tex. L. Rev. (1997) 1801.

relative Gleichgewicht zwischen Ausgleich und Abschreckung im Schadenersatzrecht nicht statisch, sondern dynamisch ist. Die Abschreckungsfunktion wurde in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts beträchtlich verstärkt, als die Gerichte – angeregt von der Lehre – die gesellschaftspolitische Wirkung des Schadenersatzrechts ernster nahmen[78]. Eine Suche in der Online-Datenbank Westlaw nach einzelstaatlichen Fahrlässigkeitsfällen, bei denen bei der Analyse der Pflichtverletzung (dem zentralen Element, bei dem US-Gerichte rechtspolitische Erwägungen anstellen) das Wort »Abschreckung« vorkommt, bringt hunderte Ergebnisse hervor[79]. »Die Rechtsprechung zur modernen Produkthaftung – verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig – ist geprägt von gesellschaftspolitischen (instrumentalist) Überlegungen.«[80]

Vom Höhepunkt der 1970er und 1980er Jahre, als das Konzept der »Schadensverteilung« (»loss spreading«) auf breite Akzeptanz stieß, hat sich das US-amerikanische Schadenersatzrecht deutlich weiterentwickelt. Man erkannte, dass ein **6/46**

78 Siehe *G. L. Priest,* The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, 14 J. Legal Stud. (1985) 461.

79 Im Folgenden eine Auswahl aus den Fällen (in Klammern wird angeführt, dass jedes Gericht bei der Analyse der Verhaltenspflichten gesellschaftspolitische Erwägungen anstellt): *Grafitti-Valenzuela v. City of Phoenix,* 167 P.3d 711, 714 (Arizona 2007) (»Die guten Sitten [public policy] können die Anerkennung einer Sorgfaltspflicht unterstützen«); *Bartley v. Sweetser,* 890 South Western Reporter (S.W.) 2d 250, 254 (Arkansas 1994) (keine Pflicht eines Vermieters, die Mieter vor Straftaten zu schützen; gesellschaftspolitische Gründe dafür sind »die wirtschaftlichen Folgen einer solchen Verpflichtung; und der Konflikt mit public policy, die den Schutz der Bürger vor Straftaten dem Staat auferlegt, nicht Privaten«); *Shin v. Ahn,* 165 P.3d 581, 587 (California 2007) (beim Golfspiel gilt Handeln auf eigene Gefahr, den Beklagten traf keine Sorgfaltspflicht, zT deshalb nicht, weil »die Haftung von Golfspielern für missglückte Schläge nur zu gerichtlichen Klagen animieren und Spielern die Freude am Sport verderben würde«) (nicht zitiert); *Century Sur Co. v. Crosby Ins.,* 21 Cal. Rptr.3d 115, 125 (California 2004) (Haftung von Versicherungsmaklern für falsche Angaben, zT weil dies »abschreckende Wirkung im Hinblick auf die Vermeidung künftigen Schadens haben würde«); *Monk v. Temple George Assocs,* 869 A.2d 179, 187 (Connecticut 2005) (wo erkannt wird, dass eine Analyse von Sorgfaltspflichten auch folgende gesellschaftspolitische Überlegungen enthalten muss: »(1) die gewöhnlichen Erwartungen der Teilnehmer bezüglich der jeweiligen Aktivität; (2) die public policy von Ermunterung zur Teilnahme an der Aktivität unter gleichzeitiger Beachtung der Sicherheit der Teilnehmer; (3) die Vermeidung vermehrter Gerichtsverfahren; und (4) die Entscheidungen anderer Gerichte«); *Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, L.L.P.,* 906 A.2d 168, 218 (Delaware Chancery Court [Del. Ch.] 2006) (keine Pflicht für Direktoren und Berater eines Litigation Trust, ua weil »eine zu große Risikoscheu kapitalistische Unternehmungen hemmen würde.«); *NCP Litig. Trust v. KPMG L.L.P.,* 901 A.2d 871, 883 (New Jersey 2006) (»ein Schadenersatzanspruch eines Unternehmens besteht gegenüber vermeintlich fahrlässig handelnden externen Wirtschaftsprüfern«, zT »weil die Wirtschaftsprüferhaftung einen Anreiz für Prüfer darstellen würde, sorgfältiger und redlicher zu sein«). Außerdem gibt es Fälle, in denen Gerichte in ihren Entscheidungen zur Haftungsbegründung explizit gesellschaftspolitische Argumente verwenden, ohne jedoch ausdrücklich eine Sorgfaltspflicht anzusprechen. Siehe zB *Dalury v. S-K-I, Ltd.,* 670 A.2d 795 (New Hampshire 1995) (Haftungsverzichtsbestimmungen sind nicht durchsetzbar, weil die Anzahl von Ski-Unfällen möglichst gering gehalten werden soll).

80 *Cardi/Green,* 81 S. Cal. L. Rev. (2008) 671, 706 f.

Ausgleich durch das Schadenersatzsystem kostspielig und verspätet ist[81]. Die derzeitige Theorie bezüglich der Ziele des Schadenersatzrechtes basiert stärker auf moralischen Überlegungen: Schadenersatz wird im Sinne einer ausgleichenden Gerechtigkeit *(corrective justice)* verstanden. Die Ungerechtigkeit der rechtswidrigen Schadenszufügung ist der Ausgangspunkt für den Schadensausgleich und für die Schadensverlagerung vom Geschädigten auf den Schädiger[82].

6/47 Unseres Erachtens ist Kompensation daher nicht das primäre Ziel des Schadenersatzrechts. Sie kann, wenn der zugesprochene Schadenersatz nicht hoch genug ist, auch bestimmt nicht an die Stelle von Abschreckung treten. Daher finden wir das Konzept des präventiven Schadenersatzes reizvoll[83]. Wir sind uns aber auch der Schwierigkeiten bei seiner Anwendung in gerichtlichen Schadenersatzverfahren bewusst.

IV. Strafrecht

6/48 In Übereinstimmung mit den Beobachtungen in Basic Questions I gibt es auch im US-amerikanischen Recht vielfach Überschneidungen zwischen dem Strafrecht und dem Schadenersatzrecht[84]. Regelungen zur Opferentschädigung bestehen fast überall in den USA[85]; sie wurden von der Bundesregierung durch Anreize stark gefördert[86]. Das Schadenersatzrecht bedient sich häufig strafrechtlicher Regelungen, um zu genaueren Sorgfaltsmaßstäben zu gelangen als mit dem allgemeinen

81 *A. M. Polinsky/S. Shavell,* The Uneasy Case for Products Liability, 123 Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) (2010) 1437; siehe *Schwartz,* 75 Tex. L. Rev. (1997) 1801, 1818 FN 128 (»Das Beharren des Deliktsrechts auf dem Beweis von Elementen wie Verschulden und Produktfehlern stellt sicher, dass Ersatz erst mit großer Verspätung und nach beträchtlichem Streit geleistet wird. Das scheint inkonsistent mit jeder Verlustverteilungslehre des Schadenersatzrechts«).

82 Siehe oben Rz 6/17.

83 Wir finden präventiven Schadenersatz weniger belastend als Unterlassungsansprüche, im Unterschied zu Basic Questions I Rz 2/7. Unterlassungsansprüche (injunctions) fordern ein ganz bestimmtes Verhalten und sind leichter durchzusetzen, da noch kein Schaden eingetreten ist. Im Unterschied dazu wird präventiver Schadenersatz erst nach dem Eintritt eines Schadens gewährt. Wie Unterlassungsansprüche ist er auf die Verhinderung künftiger Beeinträchtigungen geschützter Interessen gerichtet. *M. F. Grady,* Counterpoint: Torts: The Best Defense Against Regulation, The Wall Street Journal, 3. September 1992, A11.

84 Basic Questions I Rz 2/85.

85 Siehe *W. G. Foote,* State Compensation for Victims of Crime 1992, Military Law Review (1992) 51, 53 FN 32 (»Ende 1990 waren 44 Bundesstaaten, die Virgin Islands und der District of Columbia berechtigt, Bundesgelder aus dem Crime Victims Fund zu beziehen. Fünf Staaten – Mississippi, Georgia, Vermont, South Dakota und New Hampshire – haben neue Programme und werden bald Anspruch auf Gelder aus federal crime victim funds haben. Maine ist der einzige Bundesstaat ohne ein solches Entschädigungsprogramm.«).

86 Siehe The Victims' Rights and Restitution Act of 1990, 42 U.S.C. §§ 10,606–07.

Erfordernis der »Vernünftigkeit« (»reasonableness«)[87]. Oft wird dasselbe Verhalten sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich verfolgt. Ein prominentes Beispiel dafür ist der Tod von *Nicole Brown Simpson,* bei dem ihr Ehemann *O. J. Simpson* wegen Tötung angeklagt wurde[88].

V. Das Verhältnis zwischen Restitution und dem Schadenersatzrecht

Im US-amerikanischen Recht ist der Rückgewähranspruch *(»restitution«),* der auf die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (unjust enrichment) gerichtet ist, unabhängig von anderen konkurrierenden Ansprüchen. Wenn beispielsweise der Beklagte den Eierwäscher des Klägers entwendet und zur Herstellung kommerziell vermarkteter Eier verwendet, kann der Kläger auf Schadenersatz, auf Herausgabe der Bereicherung oder auf beides klagen[89]. **6/49**

Bei einer Klage auf Herausgabe der Bereicherung muss der Kläger beweisen, dass (1) der Beklagte einen Vorteil erlangt hat; (2) auf Kosten des Klägers; und (3) das Behalten des Vorteils durch den Beklagten ungerechtfertigt wäre[90]. Der wohl größte Unterschied zwischen der Klage auf Herausgabe und den meisten Deliktsklagen besteht darin, dass der Kläger kein unerlaubtes Verhalten des Beklagten beweisen muss. Mit anderen Worten: Ein Beklagter kann auch auf Herausgabe eines Vorteils geklagt werden, wenn er diesen ohne irgendein eigenes Verschulden erlangt hat. Wenn beispielsweise der Ehemann der Beklagten ohne ihr Wissen Geld des Klägers unterschlagen und zum Kauf einer Lebensversicherung verwendet hat, kann der Kläger die unschuldige Beklagte auf Herausgabe der Bereicherung klagen, wenn diese eine Leistung aus der Versicherung bezog[91]. Mit einer Schadenersatzklage wäre der Kläger jedoch nicht erfolgreich gewesen, da der Beklagten kein Verschulden vorgeworfen werden kann (und sich auch eine verschuldensunabhängige Haftung im vorliegenden Sachverhalt nicht begründen ließe). **6/50**

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass Schadenersatz durch Ausgleich des entstandenen Schadens den Kläger so stellen soll, wie dieser vor dem schädigenden Ereignis stand, während bei der Restitution der auf Kosten des Klägers er- **6/51**

87 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) §§ 14 und 16.

88 Siehe *L. Deutsch,* Simpson to File for Retrial, Claims Legal Errors Made, South Florida Sun-Sentinel (26. März 1997).

89 *Olwell v. Nye & Nissen Co.,* 173 P.2d 652 (Washington 1946).

90 ZB *Walpole Woodworkers, Inc. v. Manning,* 57 A.3d 730, 735 (Connecticut 2012).

91 *G&M Motor Co. v. Thompson,* 567 P.2d 80 (Oklahoma 1977).

langte Vorteil herauszugeben ist. Im vorhin erwähnten Fall des Eierwäschers ist der auf die unerlaubte Handlung der Eigentumsverletzung *(tort of trespass to chattels)* gestützte Anspruch auf den Mietwert des Geräts sowie den Ersatz etwaiger Schäden gerichtet, die am Eierwäscher im Zuge seiner unerlaubten Verwendung entstanden sind. Im Unterschied dazu wird der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung wohl nach dem Vorteil bemessen, der durch die Benützung des Geräts erlangt wurde. In manchen Fällen kann der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung selbstverständlich dem deliktischen Schadenersatzanspruch sehr ähnlich sein[92]. Hätte der Beklagte den Eierwäscher zB für seine eigenen Zwecke verwendet, würde sich der Anspruch vermutlich beide Male am verkehrsüblichen Mietwert bemessen. Ebenso würde, wenngleich Verschulden bei der Restitution keine Rolle spielt, häufig das Fehlverhalten des Beklagten für die Bemessung der unrechtmäßigen Bereicherung von den Gerichten herangezogen werden. Im vorhin erwähnten Fall des unterschlagenen Geldes entschied das Gericht, wegen des Nichtvorliegens eines Fehlverhaltens der Beklagten dem Kläger nur den Anspruch auf den unterschlagenen Geldbetrag zuzusprechen, nicht jedoch auf den Erlös aus der Lebensversicherung[93].

6/52 Ein dritter Unterschied zwischen Restitution und den meisten deliktischen Schadenersatzansprüchen liegt in der Durchsetzung des Anspruchs. Bei einer erfolgreichen Klage auf Schadenersatz ist der Exekutionstitel ein *»order of attachment and execution«,* gefolgt von einer Weisung des Gerichts an den Sheriff, Gegenstände im Eigentum des Beklagten zu pfänden und zu versteigern. Ein Restitutionsanspruch kann entweder *»legal«* sein (dh auf common law beruhen) und seine Durchsetzung mittels *attachment and execution* erfolgen, oder er ist *»equitable«* (dh er beruht auf Billigkeit), und es wird vom Gericht ein *»in personam order«* ausgestellt und mittels Mutwillensstrafe durchgesetzt. Die Vorteile von »equitable« gegenüber »legal« restitution liegen darin, dass (1) der Kläger unrechtmäßige Bereicherung auch bei Umwandlung in Eigentum nachverfolgen kann, zB wenn der gestohlene Gegenstand verkauft und mit dem Erlös anschließend wieder etwas gekauft und so neues Eigentum geschaffen wird, und (2) ein auf »equity« gegründeter Restitutionsbefehl typischerweise dem Kläger im Insolvenzverfahren Vorrang vor unbesicherten Gläubigern und späteren besicherten Gläubigern einräumt.

92 Im Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment sind die folgenden Möglichkeiten der Bemessung unrechtmäßiger Bereicherung aufgelistet: »(a) Wert des Vorteils für den Beklagten bei der Verfolgung seiner Ziele, (b) Kosten des Klägers durch die Übertragung des Vorteils, (c) Marktwert des Vorteils, oder (d) Preis, den der Beklagte zu zahlen bereit wäre, wenn das Einverständnis des Beklagten als gültig betrachtet werden kann.« Restatement (Third) Restitution and Unjust Enrichment (2011) § 49.

93 *G&M Motor Co. v. Thompson,* 567 P.2d 85.

Ungeachtet dieser Unterschiede kann ein Kläger gelegentlich sowohl mit dem Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung als auch mit dem Schadenersatzanspruch durchdringen und mit beiden Ersatz erlangen. Um nochmals auf den vorhin erwähnten gestohlenen Eierwäscher zurück zu kommen: Der Kläger hätte aufgrund der unrechtmäßigen Verwendung des Eierwäschers durch den Beklagten gegen diesen sowohl mit einem Schadenersatzanspruch wegen der Beschädigung der Maschine vorgehen, als auch auf Restitution durch Herausgabe der Gewinne aus dem Eierwaschen klagen können. Soweit die einzelnen Schadensarten überlappen – zB beim verkehrsüblichen Mietwert des Geräts –, kann der Kläger jedoch selbstverständlich nicht zweifach Ersatz erhalten. **6/53**

Teil 3 Die Aufgaben des außervertraglichen Schadenersatzrechts (Tort law)

I. Präventionswirkung der Verschuldens- und der Gefährdungshaftung

6/54 In Basic Questions I wurde dargelegt, dass sowohl der Verschuldens- als auch der Gefährdungshaftung Präventivfunktion zukommt[94]. US-amerikanische Rechtswissenschaftler würden dieser Aussage zustimmen, doch tragen diese beiden Haftungsarten unterschiedlich zur Abschreckung bei. Zumindest der Theorie nach wird die Sorgfalt eines potentiellen Schädigers, der verschuldensunabhängig haftet, nicht größer sein, als diejenige von jemandem, dessen Haftung von seinem Verschulden abhängt. Hier ist die berühmte, nach dem US-amerikanischen Richter *Learned Hand* benannte Formel der Risikoeinschätzung zu erwähnen, die besagt, dass ein Täter dann fahrlässig handelt, wenn der durch sein Verhalten drohende Schaden, der unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts in Ansatz gebracht wird, höher ist als die für die Verhinderung des Schadens erforderlichen Kosten[95]. Dementsprechend müssen potentielle Täter all jene Vorsichtsmaßnahmen ergreifen, die weniger kosten als die Schäden, die ohne diese Maßnahmen eintreten könnten.

6/55 Eine verschuldensunabhängige, strikte Haftung würde keine größere Sorgfalt auslösen. Ein rational handelnder Mensch würde für Vorsichtsmaßnahmen nicht mehr Geld ausgeben, als er sich durch die Vermeidung der Haftung ersparen könnte. Der einzige Unterschied zwischen verschuldensabhängiger und verschuldensunabhängiger Haftung liegt in der Verteilung der Kosten: bei der Gefährdungshaftung trägt die Kosten für Unfälle, die es nicht wert sind vermieden zu werden, der Schädiger, während diese bei einer vom Verschulden abhängigen Haftung das Opfer trägt.

6/56 Strikte Haftung kann auf mindestens drei verschiedene Arten das Handeln des Täters beeinflussen und dadurch zur Sicherheit beitragen: 1) Verringerung des Umfangs der Tätigkeiten; 2) Verlagerung der Tätigkeit an einen anderen, sichereren Ort; 3) Investitionen in Forschung und Entwicklung, um neue und sicherere Tech-

94 Basic Questions I Rz 3/6.

95 Die algebraische Formel, die der Richter *Learned Hand* in *United States v. Carroll Towing,* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) anwandte, lautet P (probability, Wahrscheinlichkeit) X L (magnitude of loss, Schadensausmaß) > B (burden of precaution, Vorsorgekosten).

nologien hervorzubringen. Man könnte sich an dieser Stelle fragen, warum die verschuldensabhängige Haftung diese Wirkungen nicht zeitigt. Im Hinblick auf Punkt 1) und Punkt 2) lautet die Antwort, dass Verschulden nur selten herangezogen wird – und vermutlich auch wenig geeignet ist –, um den angemessenen Handlungsumfang festzulegen. Denken wir beispielsweise an den Gütertransport durch LKW: Die richtige Mischung aus Transport per LKW, Schiff oder Flugzeug zu finden, ist kompliziert und kann von einem Rechtssystem kaum bestimmt werden[96]. Im Hinblick auf Punkt 3) muss gesagt werden, dass es in Bezug auf die Beweisführung höchst schwierig ist zu rekonstruieren, welche Beträge irgendwann in der Vergangenheit idealer- oder vernünftigerweise investiert werden hätten müssen.

Haftpflichtversicherungen, wie in Basic Questions I festgestellt wurde[97], schwächen die Präventivfunktion des Schadenersatzrechts[98]. Die Tatsache, dass das Recht derartige Verträge zulässt, zeigt, wie wichtig die Kompensationsfunktion des Schadenersatzrechts ist[99]. Tatsächlich konnte sich das Schadenersatzrecht in den USA erst nach der Entwicklung der Haftpflichtversicherung Anfang des 20. Jahrhunderts voll entfalten und im Bereich des Zivilrechts an Bedeutung gewinnen[100]. **6/57**

Doch zumindest in den USA steuern zahlreiche Kräfte und Entwicklungen den negativen Auswirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Präventivfunktionen des Schadenersatzrechts entgegen. Viele sehr große Unternehmen wählen die Eigenversicherung gegen Schadenshaftung, da sie durch ihre Größe in der Lage sind, unvorhersehbare Ereignisse zu absorbieren. Jene, die dies nicht tun, vereinbaren typischerweise hohe Selbstbehalte und versichern sich derart lediglich gegen sehr hohe Schadenersatzleistungen. Gerade im Hinblick auf die Höhe mancher Schadenersatzbeträge ist festzustellen, dass die Haftpflichtversicherungen in den USA in ihrer Deckung begrenzt sind. Insbesondere Kfz-Haftpflichtversicherungen bieten oft nur ungenügend Deckung für Schäden und basieren – wie einige andere Versicherungen auch – auf einer Art Bonus-Malus-System, sodass die Versicherungsprämie steigt, wenn ein Schaden eintritt[101]. **6/58**

---

96 Siehe *W. M. Landes/R. A. Posner,* The Positive Economic Theory of Tort Law, 15 Georgia Law Review (Ga. L. Rev.) (1981) 851, 875–878; *S. Shavell,* Strict Liability versus Negligence, 9 J. Legal Stud. (1980) 1. Die Behauptung, dass Fahrlässigkeit nicht das Aktivitätsniveau bestimmt, hat zu Kontroversen geführt. Siehe *S. G. Gilles,* Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels, 21 J. Legal Stud. (1992) 319.

97 Basic Questions I Rz 2/70.

98 Siehe *G. T. Schwartz,* The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance, 75 Cornell Law Review (Cornell L. Rev.) (1990) 313, 313 FN 4.

99 *Breeden v. Frankford Marine Plate Accident & Glass Ins. Co.,* 119 S.W. 576 (Montana 1909), wo das Stimmenverhältnis im Gericht 5:2 war, soll die Frage der Rechtmäßigkeit von Haftpflichtversicherungsverträgen entschieden haben. Ebendort 314.

100 Siehe *Calabresi/Cooper,* 30 Val. U. L. Rev. (1996) 859, 868.

101 Siehe *Schwartz,* 75 Cornell L. Rev. (1990) 313, 316 f.

II. Straffunktion

6/59 In Basic Questions I werden die nach dem Verschuldensgrad des Beklagten abgestuften Schadenersatzzusprüche beschrieben. In den USA steht man dem zwiespältig gegenüber. Die Lehre zieht den Verschuldensgrad nicht zur Festsetzung des zuzusprechenden Ersatzbetrages heran. Die Höhe des Betrages wird einzig und allein durch das Ausmaß des Schadens bestimmt. Strafschadenersatz bildet eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Wenn das Handeln des Beklagten die Verschuldensgrenze für Strafschadenersatz überschreitet, kann dem Beklagten die Zahlung eines zusätzlichen Betrages auferlegt werden[102].

6/60 Der tatsächlich zu zahlende Betrag wird letztendlich von den Geschworenen festgelegt. Bei immateriellen Schäden, deren Höhe nicht nach objektiven Kriterien bemessen werden kann, verfügen die Geschworenen über ein beträchtliches Ermessen bei der Festlegung des zu zahlenden Betrages. Es ist allgemein bekannt, dass die Anwälte des Klägers den Beklagten gerne so schuldhaft wie möglich darstellen, selbst wenn im konkreten Fall eine verschuldensunabhängige Haftung *(strict liability)* zur Anwendung gelangt. Sie gehen davon aus, dass der zugesprochene Ersatz vom Verschulden abhängt – und empirische Untersuchungen untermauern diese Annahme[103]. Während also die Rechtsordnung keine unterschiedlich hohen Ersatzbeträge vorsieht, haben Geschworene einen beachtlichen Spielraum, je nach persönlichem Empfinden die Höhe des Schadenersatzes der Schwere des Fehlverhaltens des Schädigers anzupassen.

6/61 In Basic Questions I wird die überzogene Forderung der ökonomischen Schule des Rechts kritisiert, wonach Effizienz das alleinige Ziel des Schadenersatzrechts (bzw des Rechts im Allgemeinen) ist oder sein soll[104]. Nur mehr wenige Vertreter der ökonomischen Schule des Rechts erheben heute noch diesen Anspruch. Die Ökonomische Analyse vertritt nun vielmehr den Standpunkt: »Wenn wir die Effizienz berücksichtigen wollen, dann sollte das Recht so strukturiert sein.«[105] Der Begriff der Fairness hat darüber hinaus Eingang in die ökonomische Analyse gefunden[106]. *Guido Calabresi,* einer der Mitbegründer der ökonomischen Analyse des tort law, legte dar, dass Gerechtigkeit lange Zeit ein Hemmschuh für die

---

102 Die Geschworenen verfügen über so gut wie uneingeschränktes Ermessen, unabhängig vom Verschulden des Beklagten, Strafschadenersatz zu verweigern.

103 Siehe *E. Greene,* On Juries and Damage Awards: The Process of Decisionmaking, 52 Law & Contemp. Probs. (1989) 225, 233 f.

104 Basic Questions I Rz 3/16.

105 Siehe zB *S. Garber,* Products Liability and the Economics of Pharmaceuticals and Medical Devices (1993) 2 (»Außerdem ist es vielleicht nicht sinnvoll, Reformbestrebungen gänzlich auf ökonomische Ziele zu richten; andere Erwägungen, wie die Entschädigung, sind nach Ansicht vieler ebenfalls überaus wichtig.«).

106 Siehe zB *A. Porat,* Misalignments in Tort Law, 121 Yale L.J. (2011) 82.

Reformierung des Schadenersatzrechts zur Steigerung der ökonomischen Effizienz gewesen war[107].

Vielfach haben neben Basic Questions I auch andere die starren Modelle der Vertreter der ökonomischen Schule dafür kritisiert, dass sie nicht dem menschlichen Verhalten entsprechen. Hinzuzufügen ist, dass das Versäumnis der Ökonomisten, ihre Thesen empirisch zu erproben, ein weiterer Kritikpunkt ist. Modelle, die Verhalten vorhersagen oder erklären, können zwar auch dann wertvoll sein, wenn einzelne Aspekte die Komplexität des menschlichen Verhaltens nicht berücksichtigen. Dieser Wert muss jedoch durch die Verknüpfung mit den realen Gegebenheiten erwiesen werden. **6/62**

Eine bedeutende Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte ist die Verhaltensökonomie. Diese Disziplin, die Psychologen und Wirtschaftswissenschaftler vereint, liefert ein weit gehaltvolleres Bild davon, wie Menschen Entscheidungen treffen, inwieweit diese Entscheidungen vom wirtschaftlich rationalen Modell abweichen, und welche Auswirkungen diese »biases and heuristics« (Vorurteile und Interpretationsweisen) auf die Rechtsordnung haben[108]. **6/63**

In Basic Questions I wird die Annahme der ökonomischen Analyse, dass »jedermann den für die Gesellschaft optimalen Sorgfaltsstandard einhalten wird, da erfahrungsgemäß vielfach in erster Linie der eigene Vorteil bedacht wird«, als nicht sehr wirklichkeitsnahe kritisiert[109]. Zwar würden Ökonomen dieser Aussage sicherlich voll und ganz zustimmen, doch würden sie anschließend auch erklären, dass ihre Bemühungen darauf gerichtet sind, das Haftungsrecht dafür einzusetzen, den Eigennutz hintanzuhalten und zu Verhalten anzuspornen, das die Interessen von Mitmenschen berücksichtigt, wenn Handlungen diesen Schaden zufügen könnten. Die berühmte von Richter *Learned Hand* im Fall *Carroll Towing*[110] aufgestellte Formel zur Fahrlässigkeit und Risikoeinschätzung sollte ebendiesen **6/64**

107 Siehe *Calabresi,* Accidents 24–26 (sieht Gerechtigkeit und Fairness als eines der Hauptziele des Schadenersatzrechts). Basic Questions I erfasst das von *Calabresi,* Accidents entwickelte Modell nicht richtig. Basic Questions I kritisiert *Calabresi,* weil im Zeitpunkt des Handelns angesichts der Komplexität und Unübersichtlichkeit der Situation fast niemand imstande sei, ex ante festzustellen, ob er der »cheapest cost avoider« ist (der den Schaden am billigsten vermeiden kann) (Basic Questions I Rz 3/18). *Calabresi* ist sich dieser Schwierigkeit jedoch bewusst und schlägt eine Festlegung von Kategorien von »cheapest cost avoiders« vor dem Eintreten des entsprechenden Verhaltens vor. Wenngleich *Calabresis* Modell fehlerhaft sein mag, bietet es viel größere Sicherheit als das derzeitige Schadenersatzrecht, das ex post und von Fall zu Fall entscheidet. (Hier mag wohl ein Unterschied zum europäischen Recht liegen: Sorgfaltsmaßstäbe werden dort im Vorhinein festgelegt – zumindest bis zu einem gewissen Ausmaß.)

108 Siehe *F. Heukelom,* Kahneman and Tversky and the Origin of Behavioral Economics (Tinbergen Institute Discussion Paper No. 07–003/1 Jan 2007), abrufbar auf <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_Id.=956887>; *D. Laibson/R. Zeckhauser,* Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics, 16 Journal of Risk and Uncertainty (1998) 7.

109 Basic Questions I Rz 3/19.

110 *United States v. Carroll Towing Co.,* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

Effekt haben – Handelnde werden aufgefordert, auf die Interessen anderer Rücksicht zu nehmen, oder haftbar zu werden, wenn die Risiken, die anderen auferlegt werden, größer sind als der Gewinn des Handelnden[111].

6/65 In Basic Questions I werden auch Bedenken gegenüber dem strengen Utilitarismus geäußert, der zur Billigung des Eingriffs in fremdes Eigentum oder sogar in fremdes Leben führen könnte, wenn der Vorteil für den Eingreifenden größer ist als der Verlust des Eigentümers oder jener Person, deren Leben beendet wird[112]. *Guido Calabresi* und *Douglas Melamed* haben sich mit diesem Thema beschäftigt und unterscheiden zwischen Eigentumsregeln – die Eigentümern staatlich geschützte Rechte gewähren – und Haftungsregeln – nach denen Eigentümer nur Anspruch auf Ersatz haben, wenn sie geschädigt werden[113]. Eigentumsrechte werden vor Zugriff durch andere geschützt, die verhandeln und zu einer Einigung gelangen müssen, um das Recht zu erwerben. Andere Rechte, zB laute Partys im Garten des Nachbarn zu untersagen, werden unter Umständen lediglich durch Haftungsregeln geschützt. Doch das Schadenersatzrecht legt keine Eigentumsrechte fest, es geht von bestehenden Eigentumsrechten aus und schützt diese durch Haftungsregeln. Die Entziehung fremden Eigentums, ohne dass der Eigentümer zuvor seine Zustimmung zur Übertragung seiner Rechte gegeben hat, unterliegt nicht den Regelungen des unabsichtlichen Eingriffs in fremdes Eigentum, sondern den Bestimmungen über Vorsatzdelikte (intentional torts), nach denen keine Nützlichkeitsrechnung zur Feststellung einer Haftung angestellt wird.

111 Es überrascht daher nicht, dass sich die ökonomische Analyse des Rechts *Carroll Towing* und der dortigen Risikokalkulation anschließt, mit der Behauptung, diese sei nicht neu, sondern reflektiere ein seit langen Jahren bestehendes Schadenersatzrecht. *Landes/Posner,* The Economic Structure of Tort Law 85–87. Für eine Kritik an dieser Behauptung siehe *M. D. Green,* Negligence = Economic Efficiency: Doubts, 75 Tex. L. Rev. (1997) 1605.

112 Basic Questions I Rz 3/22 f.

113 Siehe *G. Calabresi/A. D. Melamed,* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. (1972) 1089.

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

Die Ansichten in Basic Questions I[114] über Zusammenhänge und Ähnlichkeiten von Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses würden einen amerikanischen Leser verwirren. Das Deliktsrecht und das Vertragsrecht werden im US-amerikanischen Recht als zwei getrennte Gebiete behandelt. Ein wichtiger Teilbereich des Vertragsrechts – der Warenkauf – wurde dem common law entzogen und unterliegt nun einheitlichen gesetzlichen Bestimmungen, die in 49 Staaten in Kraft gesetzt worden sind[115]. An juristischen Fakultäten in den USA werden Delikts- und Vertragsrecht in getrennten Lehrveranstaltungen unterrichtet; Monographien behandeln entweder das eine Gebiet oder das andere, nicht beide. Ein »Obligationenrecht« ist der US-amerikanischen Rechtsordnung fremd. Amerikanische Juristen würden Obligationen aus Delikt und Vertrag nie einander gegenüberstellen oder diese miteinander vergleichen, wie es in Basic Questions I gemacht wird[116]. Stattdessen betrachtet die US-amerikanische Rechtsordnung Deliktsobligationen *(tort obligations)* als vom Recht auferlegte Verpflichtungen, die das Verhältnis zwischen Fremden regeln. Im Unterschied dazu handelt es sich bei vertraglichen Verpflichtungen *(contractual obligations)* um Obligationen, die aus freiwillig getroffenen Vereinbarungen hervorgehen. 6/66

Das US-amerikanische Pendant zur »dritten Spur«[117], die in Basic Questions I beschrieben wird, ist das *»promissory estoppel«* (wonach sich jemand nicht auf die Unklagbarkeit eines Versprechens berufen kann, wenn der Versprechensempfänger vernünftigerweise auf dessen Erfüllung vertrauen durfte), das dem Vertragsrecht und nicht dem Deliktsrecht zugeordnet wird. Versprechen können allerdings auch im Deliktsrecht die Grundlage für positive Pflichten und damit auch für die Haftung bilden, falls sie nachlässig erfüllt werden[118]. 6/67

Auch im US-amerikanischen Recht gibt es Sachverhalte, in denen sowohl das Delikts- als auch das Vertragsrecht zur Anwendung gelangen können. Die Produkthaftung ist ein solcher wichtiger Bereich, ebenso die Arzthaftung. Diese beiden Bereiche beschränken sich allerdings auf den Schutz der körperlichen 6/68

114 Basic Questions I Rz 4/2–8.
115 Siehe *J. J. White/R. S. Summers,* Uniform Commercial Code⁵ (2006).
116 Basic Questions I Rz 4/4.
117 Basic Questions I Rz 4/7.
118 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) §§ 42 und 43.

Unversehrtheit und des persönlichen Eigentums. Wenn Vermögensinteressen aufgrund der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten verletzt werden, können ebenfalls deliktische Ansprüche entstehen.

6/69 Aus historischen Gründen wird in den USA schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten im Deliktsrecht und nicht im Vertragsrecht geregelt. In Produkthaftungsfällen kann der Geschädigte jedoch sowohl Ansprüche aus Delikt als auch aus einem Garantieversprechen geltend machen und Ersatz erhalten, wenn einer der beiden Ansprüche rechtlich fundiert ist[119]. Im Bereich der Vermögensinteressen wird dem Vertragsrecht üblicherweise Vorrang gegeben – Betrug (fraud) kann allerdings eine Ausnahme bewirken. Sogar im Bereich der Körperverletzung wird dem Vertragsrecht häufig Vorrang eingeräumt. Daher sind vertragliche Ausschlüsse der Haftung für Fahrlässigkeit regelmäßig durchsetzbar, doch können sie nichtig sein, wenn die schwächere Partei so gut wie keine andere Wahl hatte, als dem Haftungsausschluss zuzustimmen[120]. Vertragliche Ausschlüsse der verschuldensunabhängigen Produkthaftung sind per se ungültig[121].

119 In einigen Staaten muss sich der Kläger bei mehreren möglichen Ansprüchen für einen entscheiden. Wenn sich die Ansprüche allerdings nur überschneiden und nicht deckungsgleich sind, können auch beide Ansprüche von den Geschworenen in Betracht gezogen werden.

120 Siehe zB *Tunkl v. Regents of the University of California,* 383 P.2d 441 (California 1963).

121 Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998) § 18.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Schaden

A. Ersatzfähiger Nachteil und Begriffsbestimmungen

Die allgemeine Umschreibung von Schaden, ersatzfähigem Schaden, materiellem und immateriellem Schaden in Basic Questions I deckt sich großteils mit dem US-amerikanischen Recht, auch wenn dort häufig der Begriff *»harm«* verwendet wird, um diese Nachteile zu beschreiben[122]. Das US-amerikanische Schadenersatzrecht gewährt überdies Ersatz nur für rechtlich erhebliche Schäden[123]. So haben einige Gerichte in den USA entschieden, dass »Pleuraplaque«, eine Vernarbung der Lunge aufgrund inhalierter Asbestfasern, die radiologisch objektiv feststellbar ist, aber keine klinischen Symptome aufweist, – zumindest solange sie sich nicht zur Asbestose entwickelt – keinen rechtlich anerkannten Schaden darstellt[124]. Ganz offenkundig wird im US-amerikanischen Recht sowie in Basic Questions I die Ansicht vertreten, dass der maßgebende Schadensbegriff ein »Rechtsbegriff« ist[125]. **6/70**

B. Immaterielle Schäden

So wie andere Rechtsordnungen geht auch die US-amerikanische bei der Gewährung von Geldersatz für ideelle Nachteile *(non-pecuniary harm)* – häufiger Gefühlsschäden *(emotional harm)* genannt – restriktiv vor[126]. Gefühlsschaden ist ein **6/71**

122 Third Restatement of Torts: »Physical harm« bezeichnet die physische Beeinträchtigung des menschlichen Körpers (»bodily harm«), von unbeweglichem Eigentum oder beweglichem Eigentum (»property damage«). Beeinträchtigungen des menschlichen Körpers sind Körperverletzungen, Krankheiten, Beeinträchtigungen von Körperfunktionen und Tod. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 4. »›Emotional harm‹ wird definiert als Beeinträchtigung oder Verletzung der emotionalen Ausgeglichenheit eines Menschen.« Ebendort § 45.

123 *D. B. Dobbs,* The Law of Torts (2000) § 114, S. 269.

124 Siehe zB *In re Hawaii Fed. Asbestos Cases,* 734 Federal Supplement (F. Supp.) 1563 (US District Court for the District of Hawaii 1990) (Pleurale Vernarbungen sind keine ersatzfähigen körperlichen Schäden).

125 Basic Questions I Rz 5/6.

126 Eine Ausnahme ist das Vorsatzdelikt »assault« (tätlicher Angriff). Zweck dieses Delikts ist die Anerkennung der seelischen Belastung, die durch einen bevorstehenden körperlichen Angriff ausgelöst wird.

treffenderer Ausdruck, da die Beschränkungen des Geldersatzes nur den selbständigen, reinen Gefühlsschaden betreffen, sie jedoch nicht gelten, wenn der ideelle Schaden Folge einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist. Zu ideellen Schäden als Folge von Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit zählen sowohl körperliche Schmerzen als auch Gefühlsschäden, der Übergang zwischen den beiden kann allerdings durchaus fließend sein.

6/72 Das US-amerikanische Recht sieht Einschränkungen des Geldersatzes für reine Gefühlsschäden nicht nur deshalb vor, weil es – wie in Basic Questions I erläutert wird[127] – schwierig ist festzustellen, ob ein solcher überhaupt vorliegt[128], und diesen in Geld zu bemessen[129], sondern auch aus den folgenden Gründen: 1) Unsicherheit bei der Feststellung des Ausmaßes des Schadens sowie bei dessen Bemessung in Geld; 2) die Tatsache, dass Gefühlsschäden weit gestreut sind – man denke an Tragödien wie die des 11. September 2001 in den USA oder den Tod von Prinzessin Diana in Frankreich; und 3) die Befürchtung, dass die rechtliche Anerkennung von Gefühlsschäden deren Ausmaß noch vergrößert[130].

6/73 In jüngerer Vergangenheit haben einige US-Gerichte einen ideellen Schaden etwas anderer Art anerkannt: den hedonistischen Schaden oder den Verlust der Lebensfreude (»Loss of enjoyment of life«, »LOEL«)[131]. Dieser Schaden spiegelt die Freuden des Lebens wider, deren der Geschädigte durch eine Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit beraubt wird; er entspricht dem englischen »loss of amenities«[132]. Im Unterschied zu Schmerzen und Leiden (pain and suffering) kann mancherorts sogar dann Ersatz für den Verlust der Lebensfreude erlangt werden, wenn das Opfer im Koma liegt, oder bei rechtswidriger Tötung[133]. Der Ersatz, der diesen Opfern zugesprochen wird, hat keinen »kompensatorischen«

127 Basic Questions I Rz 5/10–12.

128 Sehr häufig wird das Bestehen einer emotionalen Beeinträchtigung nicht ernsthaft angezweifelt. Man denke beispielsweise an die Reaktion der Passagiere der Boeing 787 Flugzeuge, die vor Kurzem aufgrund einer Reihe von Problemen notlanden mussten.

129 In den USA ist das ein besonderes Problem, da die Geschworenen Ersatz für Nicht-Vermögensschäden nicht nur ohne Bezugnahme auf einen Marktwert, sondern auch ohne Information über Ersatzbeträge in vergleichbaren Fällen zusprechen. Dadurch kommt es von Fall zu Fall zu beträchtlichen Abweichungen, wenngleich dem Richter einige Möglichkeiten zur Verfügung stehen (Anordnung eines neuen Verfahrens, remittitur [Herabsetzung] und mancherorts auch additur [Erhöhung] des von den Geschworenen zugesprochenen Betrages). Rechtswissenschaftler in den USA haben unzählige Modelle zur Angleichung der Ersatzhöhen bei Nicht-Vermögensschäden entwickelt. Siehe *Franklin/Rabin/Green,* Tort Law and Alternatives[9] 724–26.

130 Siehe *Dobbs,* The Law of Torts § 302, S. 823 f; Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 45 scope note.

131 Siehe zB *Fantozzi v. Sandusky Cement Prods Co.,* 597 N.E.2d 474 (Ohio 1992). Siehe allgemein *E. A. O'Hara,* Hedonic Damages for Wrongful Death: Are Tortfeasors Getting Away with Murder? 78 Georgetown Law Journal (1990) 1687.

132 Siehe *W. V. H. Rogers,* Winfield & Jolowicz on Torts[18] (2010) §§ 22-19 to 22-22, S. 1027–1037.

133 Vergleiche *Holston v. Sisters of The Third Order of St Francis,* 618 N.E.2d 334 (Ill. App. 1993) (für einen solchen Ersatz) mit *McDougald v. Garber,* 536 N.E.2d 372 (N.Y. 1989) (dagegen).

Charakter, aber er spiegelt reale Verluste wider, die durch die unerlaubte Handlung des Beklagten verursacht wurden. Es überrascht nicht, dass Vertreter der Ökonomischen Analyse aus Gründen der Prävention den Ersatz des Verlusts der Lebensfreude ebenso wie den für die »traditionellen« Schmerzen und Leiden befürworten[134].

Andererseits liefert die neuere Verhaltensforschung einen weiteren Grund zur Vorsicht beim Ersatz von Gefühlsschäden. Sie hat gezeigt, dass Menschen, die einen schwerwiegenden Verlust erleiden, sehr gut in der Lage sind, sich an die neuen Umstände anzupassen und ihre Lebensfreude in der Folge häufig deutlich geringer beeinträchtigt ist als erwartet. Einige Wissenschaftler sind deshalb der Auffassung, dass der Verlust der Lebensfreude nicht zu ersetzen ist[135] oder Richtlinien ausgearbeitet werden müssen, die den Geschworenen, die diese Ansprüche zu beurteilen haben, zur Verfügung gestellt werden[136]. **6/74**

C. Ideelle Schäden juristischer Personen

Unternehmen oder andere juristische Personen können keinen Ersatz für ideelle Schäden zugesprochen bekommen, da sie – zumindest in diesem Sinn – nicht dem Menschen gleichen[137]. **6/75**

D. Abgrenzung materieller von immateriellen Schäden

Die Abgrenzungsschwierigkeiten, die in Basic Questions I dargestellt werden[138], sind in den USA von besonderer Bedeutung, weil im Zuge von gesetzlichen Reformen des Schadenersatzrechts häufig Obergrenzen für den Ersatz ideeller Schäden eingeführt wurden, während bei materiellen Schäden voller Ersatz zugestanden **6/76**

---

134 Siehe zB *Jutzi-Johnson v. U.S.,* 263 F.3d 753, 758 (7th Cir. 2001) *(Posner, J.):* Ersatz für Schmerzen und Leiden wurde lange Zeit kritisiert, weil ein derartiger Verlust in Geld gar nicht bemessen werden könne. Dem stimmen wir nicht zu. Schmerzen und Leiden sind insofern Kosten, als Menschen dafür bezahlen würden, diese nicht zu erleiden. Wenn Schädiger diese Kosten nicht tragen müssen, werden die Kosten, wegen Sorglosigkeit verurteilt zu werden, sinken, und es wird dadurch zu mehr Unfällen und damit zu mehr Schmerzen und Leiden kommen.

135 Siehe *C. Sunstein,* Illusory Losses, 37 J. Legal Stud. (2008) 157.

136 Siehe *S. R. Bagenstos/M. Schlanger,* Hedonic Damages, Hedonic Adaptation, and Disability, 60 Vand. L. Rev. (2007) 745.

137 Siehe zB *A.T. & T. Corp. v. Columbia Gulf Transmission, Co.,* Civ. A. No. 07–1544, 2008 WL 4585439 (US District Court for the Western District of Louisiana 2008) (»In Louisiana ist es manifest, dass ein Unternehmen keinen Ersatz für Unannehmlichkeiten [inconvenience] oder innere Unruhe [mental anguish] erhalten kann.«).

138 Basic Questions I Rz 5/23–31.

wird[139]. Das führte dazu, dass Kläger versuchen, Schäden, die traditionellerweise als ideelle Schäden galten, als materielle Schäden auszugeben, und die Beklagtenvertreter versuchen genau das Gegenteil[140]. Professor *Joseph King* hat daher in Bezug auf Vermögensschäden vorgeschlagen, dass »der Geschädigte Ersatz für vergangene und zukünftige Vermögensschäden erhalten soll, und diese Vermögensschäden so weit verstanden werden sollen, dass der zugesprochene Geldbetrag groß genug ist, damit der Kläger in seinem gegenwärtigen Zustand wieder unversehrt und erfüllt *(whole and fulfilled),* oder in anderen Worten wieder als eine ganze Person erscheint.«[141]

6/77 Die in Basic Questions I erörterten »frustrierten Aufwendungen« sind den amerikanischen Gerichten nicht bekannt[142]. Die Regel, dass der Kläger beweisen muss, dass sein Schaden vom Schädiger tatsächlich verursacht wurde, ist im amerikanischen Recht fest verankert[143].

E. Realer und rechnerischer Schaden

6/78 Die Begriffe »realer« und »rechnerischer« Schaden werden von amerikanischen Gerichten nicht verwendet, sehr wohl aber wird zwischen Reparatur-/Ersatzkosten und Verringerung des Marktwertes unterschieden. Zum Beispiel: Ein Unternehmen lässt giftige Chemikalien im Boden versickern, die angrenzendes Land verseuchen. Soll der Schaden nun an den Kosten für die Wiederherstellung des Bodens, an der Verringerung des Marktwertes oder an den Wiederherstellungskosten sowie etwaigen Wertverlusten gemessen werden? Die einzelnen Gerichte verfahren hier ganz unterschiedlich, manchmal abhängig vom geltend gemachten Anspruch[144].

139 Siehe <http://www.atra.org/issues/noneconomic-damages-reform>, zuletzt aufgerufen am 19. 1. 2013.

140 Dieses Phänomen beschreibt Professor *C. Sharkey,* Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps, 80 New York University Law Review (2005) 391, 429–43.

141 *J. H. King, Jr.,* Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law, 57 SMU Law Review (2004) 163, 205.

142 Basic Questions I Rz 5/29 f.

143 Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass ein Kläger nicht auch Beweise für Kausalität vorlegen kann, die lediglich Schlussfolgerungen zulassen. Wenn aber der Beklagte positiv beweisen kann, dass ein behaupteter Schaden oder Verlust von ihm nicht verursacht wurde, wird der Kläger dafür keinen Ersatz erhalten.

144 Siehe zB *Terra-Products v. Kraft Gen Foods, Inc.,* 653 N.E.2d 89 (Indiana Ct. App. 1995) (im Falle von Umweltverschmutzungen müssen die Kosten der Wiederherstellung auferlegt werden, auch wenn diese wirtschaftlich ineffizient ist).

F. Positiver Schaden und entgangener Gewinn

Die *»economic loss rule«* verbietet in den USA Ersatz für reine Vermögensschäden, mit einigen Ausnahmen[145]. Besteht ein Schaden einzig und allein aus entgangenem Gewinn, so ist dieser im Allgemeinen nicht ersatzfähig. In Kombination mit Personen- oder Sachschäden oder im Zusammenhang mit einer Reihe von Wirtschaftsdelikten – zB rechtswidrigen Eingriffen in bestehende Verträge, Bilanzfälschung etc – ist entgangener Gewinn ersatzfähig. Wie in Deutschland wird in den USA formal nicht zwischen »entgangenem Gewinn« und »positivem Schaden« unterschieden. Im Zusammenhang mit entgangenem Gewinn ist häufig das Problem Sicherheit/Spekulation von besonderer Bedeutung. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass die Geschworenen zwar Schlussfolgerungen ziehen und Schätzungen auf Grundlage der vorgelegten Beweise vornehmen, jedoch nicht über das tatsächliche Vorhandensein eines Schadens spekulieren dürfen. Bei entgangenem Gewinn bedeutet das, dass der Kläger beweisen muss, dass er tatsächlich einen Gewinnentgang erlitten hat. Die vom Kläger vorzulegenden Beweise müssen so beschaffen sein, dass die Geschworenen die Höhe des Verlustes auf angemessene Weise schätzen können. **6/79**

G. Schaden bei unerwünschter Geburt eines Kindes

In diese Kategorie gehören drei verschiedene Anspruchsgruppen: 1. Ansprüche wegen »unerwünschter Schwangerschaft« aufgrund einer durch den Arzt mangelhaft durchgeführten Sterilisation, die zur planwidrigen Geburt eines Kindes führt; 2. Ansprüche wegen »unerwünschter Geburt« eines behinderten Kindes, dessen Behinderung während der Schwangerschaft aufgrund ärztlichen Versagens nicht festgestellt wurde; 3. Ansprüche wegen »wrongful life« eines Kindes, das den Schaden, geboren worden zu sein, geltend macht – typischerweise wird hier argumentiert, dass die Eltern bei korrekt durchgeführter Sterilisation oder korrekter Diagnose der Behinderung durch den Arzt die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruches gehabt hätten. **6/80**

Die Gerichte sind geteilter Meinung über die Zulässigkeit von »wrongful life«-Klagen. Einige argumentieren, dass es besser sei, am Leben zu sein – gleichgültig in welchem Zustand –, als gar nicht geboren worden zu sein[146]. Andere Gerichte wiederum haben Ersatz für jene Mehrkosten zugestanden, die aufgrund **6/81**

145 Siehe allgemein *Aikens v. Debow,* 541 South Eastern Reporter (S.E.) 2d 576 (West Virginia 2000) (diskutiert die »economic loss rule« und ihre Ausnahmen).

146 Siehe zB *Berman v. Allan,* 404 A.2d 8 (New Jersey 1979).

der Behinderung entstanden sind[147]. Wenngleich die meisten Gerichte Schadenersatz für unerwünschte Schwangerschaft und unerwünschte Geburt zuerkennen[148], sind sie sich gänzlich uneinig, wie der Schaden richtig zu bemessen ist. Teilweise wird die *»benefits rule«* auf solche Fälle angewendet, bei der die Kosten, die durch das Kind entstehen, mit »der Freude der Eltern am Kind« (»worth of the child's companionship, comfort and aid to the parents«) quasi aufgerechnet werden[149]. Einige Gerichte gewähren vollen Ersatz für alle mit der Kindererziehung in Zusammenhang stehenden Kosten[150]. Die meisten Gerichte jedoch sprechen Ersatz nur für Kosten zu, die aufgrund der Schwangerschaft und der Geburt entstehen, sowie für außergewöhnliche Erziehungskosten aufgrund der Behinderung des Kindes[151].

6/82 Es ist erwähnenswert, dass die Anwendung der »benefits rule« zwar in den Fällen unerwünschter Schwangerschaft oder Geburt und unerwünschten Lebens äußerst problematisch erscheint, ansonsten jedoch eine Regel des common law mit sehr breitem Anwendungsbereich ist. Formuliert wird sie in § 920 des Restatement (Second) of Torts: »Wenn durch das schädigende Verhalten des Beklagten dem Kläger oder seinen Sachen Schaden zugefügt wurde, dadurch jedoch auch ein besonderer Vorteil für das geschädigte Interesse des Klägers herbeigeführt wurde, so muss er sich diesen Vorteil auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, soweit dies billig ist.«[152]

II. Verursachung

A. Die Erforderlichkeit der Kausalität

6/83 In Übereinstimmung mit der in Basic Questions I bereits festgestellten Allgemeingültigkeit der Kausalität verlangt auch das US-amerikanische Recht einen Kausalzusammenhang zwischen dem deliktischen Verhalten des Beklagten und dem Schaden des Klägers. Eine Rechtsordnung, in der deliktisches Verhalten und Schaden nicht durch dieses Erfordernis eines tatsächlichen Kausalzusammenhanges

147 Siehe zB *Turpin v. Sortini,* 643 P.2d 954 (California 1982).

148 Siehe jedoch *Szekeres v. Robinson,* 715 P.2d 1076 (Nevada 1986) (kein Ersatz bei einer unerwünschten Schwangerschaft, aus der ein gesundes Kind auf die Welt gekommen ist).

149 *Johnson v. Univ. Hosp. of Cleveland,* 540 N.E.2d 1370, 1378 (Ohio 1989) (zitiert *Jones v. Malinowski,* 473 A.2d 429 [Maryland 1984]).

150 *Johnson v. Univ. Hosp. of Cleveland,* 540 N.E.2d 1370, 1380 (Ohio 1989).

151 *Johnson v. Univ. Hosp. of Cleveland,* 540 N.E.2d 1370, 1379 (Ohio 1989).

152 Restatement (Second) of Torts (1979) § 920, S. 509.

verknüpft werden, ist in der Tat nur schwer vorstellbar[153]. Doch werden einige Anpassungen bei der Beweislast des Klägers vorgenommen, wenn Beweisschwierigkeiten und andere rechtspolitische Gründe (policy grounds) dies rechtfertigen.

B. Die normative Prägung der Verursachung

Die Autoren dieses Berichts sehen die normative Prägung der Verursachung ein wenig anders als in Basic Questions I ausgedrückt[154]. Unseres Erachtens zeigt sich die Normativität bei der Bestimmung jener Nachteile, die für das Deliktsrecht bedeutsam sind. So ist die Festlegung, welche Schäden gerichtlich verfolgbar sind[155], eine normative Entscheidung über den Schaden, für den Ersatz begehrt werden kann. Wenn ein Gericht eine »entgangene Chance« als rechtlich relevanten Schaden anerkennt, trifft es eine normative Festlegung. Auch in der Definition des rechtlich relevanten Verhaltens liegt eine normative Entscheidung. Dass es auf das unerlaubte Verhalten und nicht auf das Verhalten des Beklagten ankommt, ist eine normative Entscheidung. Sobald diese beiden normativen Voraussetzungen aber definiert sind, ist die verbleibende Prüfung, ob zwischen Schaden und Verhalten eine »but-for«- oder conditio-sine-qua-non-Beziehung besteht, keine normative, sondern eine objektive[156], denn es geht bei der Verursachung nicht um ein direkt wahrnehmbares Phänomen, sondern um Rückschlüsse aus den vorliegenden Indizien. Diese Methode sagt jedoch nichts über die Objektivität der Verursachung aus. Ähnlich verhält es sich beim geforderten Beweismaß, das bei einem Mangel an Beweisen gelockert wird, oder es kommt sogar zu einer Beweislastumkehr. Wenngleich es sich dabei um normative Reaktionen auf die Verfügbarkeit von Beweismitteln handelt, beeinträchtigt dies nicht den objektiven Charakter der Verursachung. **6/84**

---

153 Eine Anmerkung zur verwendeten Terminologie. Wir verwenden die Begriffe »cause« (Ursache) oder »connection« (Zusammenhang), um die tatsächlichen Folgen einer schädigenden Handlung zu beschreiben. Wie Art 3 der PETL, das Third Restatement of Torts und Basic Questions I Rz 5/56 unterscheiden wir zwischen der Verursachung und der Frage, ob der Schädiger bei Vorliegen aller anderen Haftungselemente trotzdem nicht haftbar wird. Wir verwenden die Begriffe der PETL und des Third Restatement und sprechen von Begrenzung der Haftung (scope of liability). Auch in der führenden US-amerikanischen Abhandlung wird zwischen »factual cause« und »scope of liability« unterschieden. Siehe *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts[2] §§ 17 f.

154 Basic Questions I Rz 5/54.

155 Siehe oben Rz 6/70.

156 Wir würden sogar noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, dass die Verursachung im Recht dieselbe ist wie in vielen anderen Forschungsbereichen, einschließlich der Naturwissenschaften. Siehe zB *K.J. Rothman,* Modern Epidemiology (1986) 11 (»Die Ursache einer Krankheit lässt sich als Ereignis, Bedingung oder Eigenschaft definieren, die bei der Entstehung der Krankheit eine wesentliche Rolle gespielt hat.«).

6/85 Wir stimmen mit den Ausführungen in Basic Questions I überein, dass die Festlegung der Höhe des Ersatzes, der einem Geschädigten zugesprochen wird, nicht objektiv ist[157]. Dennoch sind die Festlegung des zuzusprechenden Ersatzes für einen Schaden und die Frage, ob dieser Schaden vom Beklagten verursacht wurde, im US-amerikanischen Recht voneinander getrennt zu betrachten.

C. Conditio sine qua non

6/86 US-amerikanische Leser würden fast allen Ausführungen zu diesem Thema in Basic Questions I[158] beipflichten. Wir sollten vielleicht einen ausdrücklichen Vorbehalt bezüglich »multiple sufficient causes« (oder »overdetermined outcomes«)[159] anmelden: In diesen Fällen hätte der Schaden selbst durch das Unterlassen des unerlaubten Verhaltens gerade *nicht* vermieden werden können. Doch das ist Haarspalterei. Uns gefällt auch, wie gelassen in Basic Questions I auf die Skeptiker eingegangen wird, die diese Definition der Verursachung wegen ihrer Weite beanstanden. Andere Zurechnungselemente schränken die lange Liste von jenen Faktoren ein, die stets Teil der erforderlichen Kausalkette sein müssen, die zum Schaden eines Opfers führen[160].

6/87 In den USA besteht seit langem eine unglückliche »Liebelei« mit einer anderen Umschreibung der Verursachung, auf die wir näher eingehen sollten. Die Idee, dass das Verhalten eines Schädigers ein »wesentlicher Umstand« (»substantial factor«) der Schadensverursachung sei, wurde erstmals von einem US-amerikanischen Gelehrten vertreten, der sich mit der Frage der Haftungsbegrenzung auseinandersetzte[161]. Das erste US-amerikanische Gerichtsurteil, das diesen Begriff verwendete, zog sie bei der Lösung des »overdetermined-outcomes«-Problems heran, bei dem keiner der beiden Umstände eine *conditio sine qua non* ist[162]. Zur Verwirrung, ob »substantial factor« die tatsächliche Verursachung oder die Haftungsbegrenzung betraf, trug die Verwendung des Begriffs im First Restatement of Torts1934 bei, das die Verursachung und die Haftungsbegrenzung unter »rechtlicher Kausalität« (»legal cause«) zusammenfasste[163]. In der Folge wurde der Begriff »substantial factor« als Bezeichnung für »Verursachung« von vielen Gerichten

157 Basic Questions I Rz 5/34.
158 Basic Questions I Rz 5/57–61.
159 Siehe unten Rz 6/107 f.
160 Basic Questions I Rz 5/59.
161 Siehe *J. Smith,* Legal Cause in Actions of Tort, 25 Harv. L. Rev. (1911) 103.
162 Siehe *Anderson v. Minneapolis,* St. Paul & Sault Ste. Marie Ry. Co., 179 North Western Reporter (N.W.) 45 (Minnesota 1920).
163 Siehe Restatement of Torts (1934) § 431.

in den USA verwendet, und er findet sich in Geschworenenunterweisungen und Urteilsbegründungen, wo er sich sowohl auf die Verursachung als auch auf die Haftungsbegrenzung bezieht.

Das Third Restatement of Torts verwendet den Begriff »substantial factor« schließlich mit der Begründung nicht mehr, dass er nicht analytisch genug wäre, um als Anhaltspunkt für die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs herangezogen werden zu können, und er überdies möglicherweise irreführend sei: »Außer im Bereich von ›multiple sufficient causes‹ nützt ›substantial factor‹ nichts bei der Feststellung, ob eine tatsächliche Verursachung vorliegt. … Das in beiden Restatements anerkannte wesentliche Erfordernis ist, dass das unerlaubte Verhalten des Täters eine notwendige Bedingung für den Eintritt des Schadens war, dass es also ohne das Verhalten nicht zum Schaden gekommen wäre. Wird das Kriterium des ›substantial factor‹ anstelle des ›but-for‹-Tests herangezogen, ist es bedauerlicherweise zu unbestimmt und kann zur Annahme verleiten, dass ›substantial factor‹ weniger bedeute als ›notwendige Bedingung‹ oder dass umgekehrt zwischen den einzelnen ›factual causes‹ zu differenzieren sei und einige von ihnen ›substantial‹ seien und andere wiederum nicht. Der ›substantial-factor-Test‹ könnte daher zu Unrecht den Beweis der Verursachung als gelungen gelten lassen, obwohl nicht erwiesen wird, dass die unerlaubte Handlung eine notwendige Bedingung war, oder unzulässigerweise einen strengeren Beweis verlangen als die ›but-for‹-Regel«[164]. 6/88

D. Unterlassung

Auch den Ausführungen in Basic Questions I[165] zur Unterlassung als Ursache würde ein US-amerikanischer Leser weitgehend zustimmen. Bei Unterlassungen ist es die positive Pflicht zu handeln, die das erforderliche Kriterium für die Bestimmung der Kausalität bildet. In der US-amerikanischen Rechtsprechung bereitete die Unterlassung dann besondere Schwierigkeiten, wenn von mehreren Unterlassungen jede für den Schadenseintritt ausreichend wäre[166]. 6/89

164 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 26 reporters note to cmt j. Kommentatoren pflichten bei. Siehe zB *D. A. Fischer,* Insufficient Causes, 94 Kentucky Law Journal (2005) 277, 277 (»Im Laufe der Jahre wendeten Gerichte den ›substantial factor‹-Test für eine Reihe von Dingen an, für die er nie konzipiert worden und daher ungeeignet war. Der Test erzeugt jetzt unnötige Verwirrung im Recht und ist nicht mehr sinnvoll.«); *J. Stapleton,* Legal Cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences, 54 Vand. L. Rev. (2001) 941, 945, 978 (»Die verwirrenden Begriffe ›legal cause‹, ›proximate cause‹ und ›substantial factor‹ sollten ersetzt werden …«).

165 Basic Questions I Rz 5/64–67.

166 Siehe *D. A. Fischer,* Causation in Fact in Omission Cases, Utah Law Review (1992) 1335.

E. Abschwächung des Verursachungserfordernisses

6/90 Wie das österreichische und deutsche Recht nimmt auch das US-amerikanische Recht Anpassungen vor, wenn der Beweis für die Verursachung vom Geschädigten vernünftigerweise nicht verlangt werden kann. Diese Abschwächung hat man lange Zeit damit gerechtfertigt, dass von den beteiligten Personen – schuldiger Schädiger und unschuldiger Geschädigter – der unerlaubt Handelnde das Risiko eines Mangels an Beweisen zu tragen hat[167]. Nach der Anerkennung des Mitverschuldens ergibt sich jedoch, dass auch der Geschädigte nicht notwendigerweise unschuldig ist, und somit hat diese Rechtfertigung der Anpassung der Beweiserfordernisse an Überzeugungskraft eingebüßt.

6/91 Es entspricht ebenso dem österreichischen und deutschen Recht, dass ein besonders schwerer Grad des Verschuldens zu größerer Nachsicht bei der Kausalitätsfeststellung führen kann. Gemeinschaftliches Handeln, wie in Basic Questions I beschrieben[168], ist im US-amerikanischen Recht als Grundlage für die Haftung aller an der Handlung beteiligten Personen für Schäden, die einer der Mittäter herbeigeführt hat, anerkannt[169]. Tatsächlich tendieren Geschworene ohne Zweifel dazu, die Verursachung durch einen Schädiger dann eher zu unterstellen, wenn ihm ein besonders schwerer Grad des Verschuldens vorzuwerfen ist, als einem Täter, den nur minderes Verschulden trifft[170].

6/92 Die Autoren dieses Berichts stimmen der Umschreibung der Haftung für alternative Kausalität in Basic Questions I[171] zu und können festhalten, dass sie auch in den USA weitgehend anerkannt ist[172]. Schwierigkeiten haben sie jedoch mit der Analyse der Beweislast in Basic Questions I. Dort wird ausgeführt, dass »in den Fällen alternativer Kausalität bei isolierter Betrachtung beider Ereignisse auf Grund der hohen konkreten Gefährlichkeit jedes einzelnen Verhaltens dessen Kausalität als erwiesen angenommen werden müsste«[173]. In den USA wäre der Beweis, dass jeder der beiden Täter ein gleich hohes Risiko des Schadenseintritts gesetzt hat, *nicht* ausreichend. In den USA wird ein Überwiegen der Beweise

167 Siehe auch Basic Questions I Rz 5/80.
168 Basic Questions I Rz 5/73.
169 Siehe *F. V. Harper/F. James/O. S. Gray,* Harper, James and Gray on Torts³ (2007) § 10.1, S. 2 FN 4.
170 Siehe *R. A. Nagareda,* Outrageous Fortune and the Criminalization of Mass Torts, 96 Michigan Law Review (1998) 1121, 1168–1170.
171 Basic Questions I Rz 5/75.
172 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 28 reporters note to cmt f (2010). Wenn eine von mehreren konkurrierenden Ursachen unverschuldet ist, wie in Basic Questions I Rz 5/86 beschrieben, käme es im US-Recht nicht zur Haftung – alle möglichen Ursachen müssen verschuldet sein. Siehe *Garcia v. Joseph Vince Co.,* 148 Cal. Rptr. 843 (App. 1978).
173 Basic Questions I Rz 5/78.

(preponderance of the evidence) gefordert (»more likely than not«) – gleich hohe Wahrscheinlichkeit würde daher den Beweisanforderungen nicht genügen[174].

F. Teilhaftung

In Basic Questions I wird erklärt, dass die Frage, ob bei alternativer Kausalität die Täter solidarisch oder nur für einen Teil des Schadens haften, dann bedeutsam wird, wenn einer der Beklagten insolvent ist[175]. Genau hier unterscheiden sich die Solidarhaftung und die Teilhaftung in ihren Wirkungen grundlegend voneinander: bei der Solidarhaftung tragen die Schädiger das Insolvenzrisiko, bei der Teilhaftung trägt es der Geschädigte. Festzuhalten ist, dass der Unterschied zwischen diesen Haftungsalternativen eine weitere Auswirkung hat: Selbst bei Solvenz beider Schädiger geht es darum, ob der Kläger oder einer der Beklagten den (oder die) anderen Schädiger klagen muss. Bei der Teilhaftung erhält der Geschädigte bloß den (Mitverschuldens-) »Anteil«, der auf den einzelnen Schädiger entfällt[176], während er bei der Solidarhaftung Anspruch auf den vollen Betrag gegen einen beliebigen Schädiger hat, und dieser anschließend gegen potentiell Mithaftende Rückgriff nehmen oder von ihnen Ersatz fordern muss[177]. Im Fall der beiden Jäger oder Bergsteiger muss der Geschädigte nach US-amerikanischem Recht jedoch alle gemeinsam klagen, die den Schaden verursacht haben könnten, wenn er sich auf die Theorie der alternativen Kausalität berufen will[178]. 6/93

Wir stellen fest, dass die Teilhaftungslösung der Principles of European Tort Law (PETL) auf einer vergleichenden Einschätzung der einzelnen Beiträge zum Schadenseintrittsrisiko beruht[179]. Wenn also zwei Jäger fahrlässig zur selben Zeit einen Schuss abgeben, aber nur eine Kugel einen dritten Jäger trifft und es keinen Beweis dafür gibt, aus welchem der beiden Gewehre die Kugel stammt, würden wir 6/94

174 Wir teilen auch die Kritik in Basic Questions I am Vorschlag von *Geistfeld* (Rz 5/81): er fragt bei der Kausalität, ob das deliktische Verhalten der *Gruppe* den Schaden verursacht hat. Wie in Basic Questions festgestellt wird, ist dies insofern problematisch, als sich Schadenersatzansprüche stets gegen bestimmte Personen richten.

175 Basic Questions I Rz 5/84.

176 Das erfordert, dass das Verschulden auch auf andere Schädiger aufgeteilt wird, die zum Schaden beigetragen haben. Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § B18 und cmt c.

177 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 10 cmts a und b.

178 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 28(b) (»Wenn der Kläger alle multiplen Schädiger klagt […], liegt die Beweislast der tatsächlichen Verursachung bei den Schädigern.«).

179 Es besteht ein Unterschied zwischen der Einschätzung des Haftungsanteils aufgrund eines ex-ante-Risikobeitrages oder aufgrund einer ex-post-Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Verursachung. Siehe *I. Gilead/M. Green/B. Koch* (Hrsg), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (2013) 2 und FN 6.

den jeweiligen Beitrag bei 50 % sehen[180]. Wir finden, dass die Lösung der Frage, ob solidarisch oder anteilsmäßig gehaftet werden soll, keine Besonderheit dieses Falles ist. Man könnte noch immer argumentieren, dass die beiden Beklagten unerlaubt gehandelt haben, der Kläger aber nicht, und dass daher das Insolvenzrisiko bei den Beklagten liegen soll. Wenn aber der Kläger ebenfalls durch sein deliktisches Verhalten zum Schadensrisiko beigetragen hat, spricht selbstverständlich deutlich weniger für eine solidarische Haftung[181].

6/95 Das Konzept des Risikobeitrags ist in den USA nur beschränkt anerkannt; hauptsächlich, wenn nicht sogar ausschließlich, im Bereich der Asbesthaftungsfälle[182]. Da die Regeln über die Entschädigung bei Arbeitsunfällen keine Klagen der Dienstnehmer gegen ihren Dienstgeber zulassen, müssen Dienstnehmer, wenn sie an Asbestose erkranken, gegen den Hersteller der Asbestprodukte vorgehen, denen sie im Zuge ihrer Arbeit ausgesetzt waren. Die Zahl der Beklagten ist häufig sehr hoch, und wenn die Krankheit nicht progressiv ist, wie dies beispielsweise bei Krebs der Fall ist, kann auf der Grundlage derzeitiger wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden nicht festgestellt werden, welches der Produkte die Krankheit tatsächlich ausgelöst hat. Der California Supreme Court hat in *Rutherford v. Owens-Illinois, Inc*[183]*.* die Heranziehung der alternativen Kausalität abgelehnt und eine Theorie der Haftung wegen Risikobeitrags entwickelt. Der Kläger musste nicht die Verursachung beweisen, sondern dass die Belastung durch den Asbest des Beklagten »ein ›substantial factor‹ der Gesamt*dosis,* die der Geschädigte (…) einatmete oder aufnahm, und daher des *Risikos,* asbestbedingt an Krebs zu erkranken, war (…)«[184].

6/96 Im US-amerikanischen Recht würden die beiden in Basic Questions I[185] genannten Fälle – der Patient erkrankt und es ist nicht feststellbar, ob die Erkrankung auf eine ärztliche Fehlbehandlung zurückzuführen ist oder auf nichtdeliktische Umstände, sowie der in Basic Questions I erörterte englische Fall *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*[186] – differenziert behandelt werden. Im ersten Fall liegt alternative Kausalität vor, wobei allerdings eine der alternativen Ursachen in der

180 Für eine systematische Darstellung unterschiedlicher Kontexte, in denen die Teilhaftung zur Anwendung gelangen könnte, sowie der Vor- und Nachteile einer weitergehenden Anwendung, wenn die vorgelegten Beweise nicht dem geforderten Beweismaß entsprechen, siehe *Gilead/Green/Koch,* Proportional Liability.

181 Nach der Einführung der Mitverantwortungslösung sind die Argumente für andere, »reine« Haftungsformen nicht mehr überzeugend. Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 10 cmt a. Eine Reihe von Hybridsystemen wird beschrieben und entwickelt in ebendort §§ C18–E19.

182 Die Anwendung in den USA und ihre Vorteile werden dargestellt in *M.D. Green,* Second Thoughts on Asbestos Apportionment, 37 Southwestern University Law Review (2008) 531.

183 941 P.2d 1203 (California 1997).

184 941 P.2d 1219.

185 Basic Questions I Rz 5/86.

186 [1987] Appeal Cases (A.C.) 750.

Sphäre des Geschädigten liegt. Im zweiten Fall geht es um den Verlust einer Chance oder Möglichkeit. Im Unterschied zu England, das die Theorie der verlorenen Chance ablehnt, sind die US-amerikanischen Gerichte einer weiteren Anpassung des Erfordernisses des Verursachungsbeweises durch den Kläger nicht abgeneigt, weil der Kläger die erforderlichen Beweise nicht auf ihm zumutbare Weise erlangen kann[187]. Im Ergebnis macht das US-amerikanische Deliktsrecht einen Unterschied zwischen dem Verlust einer Chance, der freilich nur bei Arzthaftungsfällen herangezogen wird, und der alternativen Kausalität, die zur Anwendung kommt, wenn die konkurrierende Ursache nicht zu vertreten ist[188].

Der Grund dafür ist genau jener, der in Basic Questions I[189] erläutert wird: **6/97**
Ärzte wären sonst von jeglicher Haftung frei, wenn es eher unwahrscheinlich als wahrscheinlich ist (zivilrechtliches Beweismaß in den USA), dass ihr Fehlverhalten ursächlich für den Schaden war[190]. Das wurde dadurch erreicht, dass man den rechtlich durchsetzbaren Schaden im Verlust der Chance oder der »opportunity of a better outcome« sah[191]. Die Chance auf einen besseren Ausgang hat einen Wert; wird jemandem dieser Wert genommen, liegt ein Schaden vor und der Geschädigte hat Anspruch auf Ersatz. Diese Neuerung wird von US-amerikanischen Gerichten eng verstanden und beschränkt auf Fälle ärztlichen Fehlverhaltens, das den Patienten der Möglichkeit eines besseren Ergebnisses beraubt, und in denen der Verlust der Chance unterhalb des geforderten Beweismaßes liegt[192]. Oftmals

187 Siehe *Matsuyama v. Birnbaum,* 890 N.E.2d 819, 828 FN 23 (Massachusetts 2008) (nennt 20 Staaten plus District of Columbia, wo die verlorene Chance in der einen oder anderen Form geltend gemacht werden kann, sowie 10 Staaten, in denen das nicht möglich ist). Aus den jüngsten Urteilen lässt sich eine Tendenz feststellen, dass die verlorene Chance als Schaden rechtlich anerkannt wird. Siehe *Matsuyama v. Birnbaum,* 890 N.E.2d 832.

188 Basic Questions I Rz 5/87.

189 Basic Questions I Rz 5/88 f.

190 Für eine Erklärung, in welchen Bereichen des US-amerikanischen Rechts die Teilhaftung anerkannt ist und in welchen nicht, siehe *M. D. Green,* United States Report on Proportional Liability, in: I. Gilead/M. Green/B. Koch (Hrsg), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (2013) 343 ff.

191 Die meisten Gerichte, welche die verlorene Chance als Schaden anerkannt haben, haben – widersprüchlicherweise – den Ersatz auf jene Fälle eingeschränkt, in denen der Schaden tatsächlich eintritt. Siehe *Franklin/Rabin/Green,* Tort Law and Alternatives⁹ 363.

192 Wäre diese Theorie nicht so begrenzt, könnte sie das Erfordernis des Beweises der Verursachung komplett ersetzen. Siehe *V. Black,* Not a Chance: Comments on Waddams, The Valuation of Chances, 30 Canadian Business Law Journal (1998) 96, 98 (»alle Fälle, in denen die Kausalität unsicher ist, könnten zu Fällen verlorener Chance umgewandelt werden, indem der Schaden anders beschrieben wird«). Die Autoren dieser Darstellung tun sich schwer, die Reaktion von Basic Questions auf dieses Problem zu verstehen (siehe Rz 5/90). Die Behauptung, dass die verlorene Chance auf »zwei bestimmte Ereignisse« beschränkt wird, »die in höchstem Maße konkret gefährlich und damit potentiell kausal waren«, enthält ihre eigene Beschränkung dieser Doktrin. Die Beschränkung beschreibt darüber hinaus die Lehre von der verlorenen Chance nicht sehr akkurat, in welcher der ärztliche Behandlungsfehler vielleicht nur eine kleine Risikoerhöhung mit sich brachte. Ja, es gibt nur zwei mögliche Ursachen, doch das ist das zufällige Ergebnis des Kontexts, in dem die verlorene Chance entstanden ist, und in dem

unausgesprochen, aber wohl einflussreich sind die Bedenken von *Hans Stoll,* die in Basic Questions I[193] dargelegt werden: Wenn Behandlungsfehler unverhältnismäßig oft zum Verlust von Chancen führen, ohne dass die erforderlichen Beweise erbracht werden können, dann wird die Haftung systemimmanent in geringerem Maße gegeben sein als in einer idealen Welt. Dieses Defizit ist vor allem für die Präventions-Anhänger von Belang[194]. Wir stellen eine weitere Einschränkung dieser Theorie fest: es müssen klare Beweise des Ausmaßes der verlorenen Chance verfügbar sein. US-amerikanische Gerichte argumentieren, dass dieses Erfordernis im medizinischen Kontext öfter erfüllt wird – ein weiterer Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Anwendung der Lehre von der verlorenen Chance.

6/98 International finden, wie in Basic Questions I[195] ausgeführt, Teilhaftungslösungen in der Lehre Anklang; das ist auch in den USA der Fall. Zahlreiche Rechtswissenschaftler empfehlen mit geringen Abweichungen Teilhaftungslösungen insbesondere bei Schäden aufgrund von Giftstoffen, wenn die dem Kläger zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Beweise das erforderliche Maß zum Nachweis der Verursachung nicht erfüllen[196]. Gleichzeitig nehmen die Gerichte diese Empfehlungen nur widerwillig an. Einer der Autoren dieses Berichts unterstützt diese Ablehnung hauptsächlich deshalb, weil statistische Beweise bezüglich der Verursachung von Schäden durch Giftstoffe – da sie auf Beobachtungen statt auf Experimenten basieren – anfällig für Fehler sind, die voraussichtlich zu Ergebnissen führen, die geringe Risikoerhöhungen zu rechtfertigen scheinen, und diese als Grundlage für eine Teilhaftung herangezogen werden könnten[197].

G. Anmerkung zu einem Exkurs

6/99 Nachdem in Basic Questions I die Schwierigkeiten und Widersprüche der begrenzt anwendbaren Lehre vom Verlust einer Chance eingehend dargestellt worden sind,

---

eine der beiden möglichen Ursachen bereits fortgeschritten ist. Doch sogar diese mögliche Ursache ist vielleicht nicht sehr wahrscheinlich – wie es zB der Fall wäre, wenn durch das schuldhafte Verhalten des Arztes die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Ausganges von 90 % auf 80 % herabgesetzt wird.

193 Basic Questions I Rz 5/88.

194 Siehe *Doll v. Brown,* 75 F.3d 1200, 1206 (7th Cir. 1996) *(Posner J.)* (spricht sich für eine Teilhaftungslösung in Fällen verlorener Chance aus, gleichgültig, ob die Wahrscheinlichkeit unterhalb oder oberhalb des geforderten Beweismaßes liegt, um den »jeweiligen Übeln der Überkompensation und Über-Abschreckung vorzubeugen«); *S. Levmore,* Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs, 19 J. Legal Stud. (1990) 691.

195 Basic Questions I Rz 5/92.

196 Diese Wissenschaftler und ihre Vorschläge werden diskutiert in *Green* in: Gilead/Green/Koch, Proportional Liability 344 ff.

197 Siehe *M. D. Green,* The Future of Proportional Liability, in: M.S. Madden (Hrsg), Exploring Tort Law (2005) 352.

schließt das Kapitel mit der Bemerkung: »Es ist verblüffend, dass vielfach dogmatische Schwierigkeiten, gedankliche Verrenkungen und Inkonsequenzen freudig in Kauf genommen werden, um eine Lösung zu propagieren, die nur eine unzureichende Teillösung bietet (…); es hingegen als unvertretbar hingestellt wird, wenn die vorhandenen Regeln konsequent zu Ende gedacht werden«[198].

Diese Kritik lässt den Wunsch nach einem theoretisch reinen Schadenersatzrecht erkennen. Um wirklich rein zu sein, dürfte nur eine einzige Meta-Theorie anwendbar sein, und alle Regeln würden diese Theorie widerspiegeln. Während Meinungsverschiedenheiten bestehen könnten, wie Regeln strukturiert sein sollten, um die Meta-Theorie zu fördern, wäre es ein entscheidender Kritikpunkt, wenn eine Regel die Theorie nicht unterstützen, einer anderen Regel widersprechen oder anderen Zielen (zumindest ohne Förderung der Meta-Theorie) dienen würde oder der Theorie nicht vom Anfang bis zum Ende so weit als möglich dienlich wäre. **6/100**

Die Autoren glauben jedoch, dass das US-amerikanische Recht viele verschiedene Facetten aufweist und wegen seines Ursprungs im common law und wegen der zahlreichen Rechtsordnungen, die eine Rolle in seiner Weiterentwicklung spielen, nicht eine einzige Meta-Theorie widerspiegelt. Eine schadenersatzrechtliche Regel verfolgt meist mehrere Ziele – Ziele ohne jegliche Bewertungsgrundlagen für deren Gewichtung – und ist häufig das Ergebnis einer zufälligen, glücklichen Entdeckung oder einer gelungenen Formulierung in einer Urteilsbegründung, die anschließend vom common law weitergeführt wird[199]. Manchmal entwickelt sich das Recht langsam und erreicht ein vorgegebenes Ziel nur zögerlich; manchmal kommt es zu Experimenten, die sich auf Grund von Erfahrungen und nach einigem Nachdenken als Fehler erweisen[200] oder abgeändert werden müssen[201]. Manchmal verändern sich die Bedürfnisse der Gesellschaft, auf die dann auch das Recht mit Anpassungen reagiert[202]. **6/101**

198 Basic Questions I Rz 5/104.

199 Siehe *M. D. Green,* Apportionment, Victim Reliance, and Fraud: A Commentary, 48 Arizona Law Review (Ariz. L. Rev.) (2006) 1027, 1042–1044; *A. Calnan,* The Distorted Reality of Civil Recourse Theory, 60 Cleveland State Law Review (2012) 159.

200 Wie dies geschehen ist, als die verschuldensunabhängige Haftung für Design- und Informationsfehler nach Einführung der strikten Produkthaftung anerkannt wurde. Wie das Third Restatement of Torts nun erkennen lässt, sind Gerichte mit Beginn der 1980er Jahre davon abgegangen, sodass die Haftung für Design- und Hinweisfehler heute kaum mehr verschuldensunabhängig ist. Siehe Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998) 2; *D. Vetri,* Order out of Chaos: Products Liability Design-Defect Law, 43 University of Richmond Law Review (2009) 1373.

201 Siehe unten Rz 6/104 ff.

202 Manche erklären die Entwicklung der Fahrlässigkeit und nicht die der verschuldensunabhängigen Haftung zum Kernbereich der Haftung, da es in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wichtig erschien, zu Beginn der Industriellen Revolution auf diese Art die Entwicklung der jungen Industrien zu fördern. Siehe *M. Horwitz,* The Transformation of American Law 1780–1860 (1977) 67–108.

6/102 Wenn der Verlust einer Chance lediglich bei Behandlungsfehlern anerkannt wird, so kann diese Einschränkung unter Berufung auf Gründe der Fairness durch die Tatsache gerechtfertigt werden, dass Ärzte und andere Angehörige der Gesundheitsberufe ausdrücklich dazu verpflichtet sind, den Patienten zu einer Besserung ihrer Krankheit oder ihres Leidens zu verhelfen. Statistische Beweise von der Art, wie sie für die Anwendbarkeit der Lehre vom Ersatz für den Verlust einer Chance erforderlich sind, sind auch wichtig für die administrative Effizienz und Klarheit der Gerichtsverfahren; das liefert weitere Gründe für die Beschränkung der Lehre auf die Personengruppe, für die sie nun Anwendung findet. Die Vermutung – es gibt unseres Wissens keine Beweise –, dass Behandlungsfehler, die zum Verlust einer Chance führen, dazu neigen, den Beweisanforderungen nicht zu genügen, würde, wenn sie tatsächlich zutrifft, den Präventionsgedanken unterstützen. Wir geben zu, dass es schwierig ist, eine Begründung dafür zu finden, dass der Ersatz für den Verlust einer Chance auf jene Fälle beschränkt wird, in denen der Patient tatsächlich einen Nachteil erlitten hat, da ja die Lehre vom Verlust einer Chance gerade damit gerechtfertigt wird, dass dieser ein ersatzfähiger Schaden ist. Aber dies ist eine von vielen Anomalien des common-law-Systems, die entstehen, wenn Richter versuchen, das Recht schrittweise zu reformieren. Das Schadenersatzrecht in den USA bildet sich von unten nach oben und nicht von oben nach unten aus einer Meta-Theorie, welche die Entwicklung des Rechts leiten würde.

H. Haftung nach Marktanteilen

6/103 Unseres Erachtens ist die Haftung nach Marktanteilen, wie sie in Basic Questions I empfohlen wird, ungeachtet der Schwierigkeiten bei ihrer Anwendung ein Beispiel für die oben erwähnten Anpassungen des Rechts an veränderte Bedürfnisse[203].

6/104 Wir glauben nicht, dass in den USA die Haftung nach Marktanteilen auf den in Basic Questions I[204] beschriebenen Bergsteiger-Fall angewendet würde. Wie in Basic Questions I erklärt wird[205], muss das Risiko des jeweiligen Produkts oder Verhaltens gleich hoch sein, wenn der Marktanteil den von jedem Beklagten verursachten Schaden widerspiegeln soll. Das war so bei DES, das stets dieselbe Rezeptur hatte. Wir haben aber den Verdacht, dass die Risiken, welche die beiden Bergsteiger hervorgerufen haben, verschieden hoch sein könnten. Dass wir wissen, dass jeder von ihnen den gleichen Schaden verursacht hat, liegt an der geringen Zahl von Geschädigten und Tätern und daran, dass jedes Handeln jedes

203 Basic Questions I Rz 5/108.
204 Basic Questions I Rz 5/105.
205 Basic Questions I Rz 5/108.

Täters zweifellos Schaden verursacht hat. Im DES-Fall gab es viele Frauen, die gefährdet waren, doch keinen Schaden erlitten haben. In den USA ist die Haftung nach Marktanteilen auf Produkte beschränkt, die generische Risiken hervorrufen. Daher wurde sie beispielsweise nicht auf Hersteller von Asbest-Produkten angewendet, weil die verschiedenen Asbest-Produkte verschieden hohe Risiken schaffen – abhängig davon, wie leicht sich die Asbestfasern lösen, wie groß der Anteil an Asbest im jeweiligen Produkt ist und – eher umstritten – welche Art von Asbestfasern im entsprechenden Produkt verwendet wurde[206]. Wenn die Verhaltensweisen oder Produkte nicht gleich gefährlich sind, ist der Marktanteil kein genauer Maßstab für den verursachten Schaden[207].

Hinzugefügt werden sollte, dass seit der ersten Gerichtsentscheidung im Jahr 1980[208], bei der die Haftung nach Marktanteilen zur Anwendung kam, sich etwa 15 Gerichte in den USA mit der Frage beschäftigt haben, ob sie die Lehre von den Marktanteilen übernehmen sollten oder nicht. Etwa die Hälfte hat sie übernommen, die andere Hälfte nicht[209]. Die meisten jener Gerichte, die sie nicht übernommen haben, beriefen sich darauf, dass eine derart kühne Änderung des Schadenersatzrechts dem Gesetzgeber obläge, nicht den Gerichten. Unseres Wissens hat in den vergangenen 30 Jahren kein Gesetzgeber eines Staates die Haftung nach Marktanteilen gesetzlich geregelt. **6/105**

In Basic Questions I wurden auch vorausschauend die praktischen Schwierigkeiten und der Verwaltungsaufwand eines Marktanteils-Lösungsansatzes beachtet[210]. Auf Grund unserer Erfahrungen in den USA möchten wir etwas hinzufügen: In einigen Entscheidungen, in denen die Haftung nach Marktanteilen zur Anwendung gelangte, wurde der lokale Markt als Referenz für die Bestimmung des Marktanteils herangezogen – ob das nun die Apotheke war, bei der die Mutter des Klägers ihre Rezepte einlöste, oder die Gemeinde oder Region, in der sie lebte, als sie DES verschrieben bekam[211]. Das Bedürfnis, lokale Märkte auszuwählen, stimmte überein mit dem schadenersatzrechtlichen Fokus der individuellen Gerechtigkeit – der Anteil am lokalen Markt maximierte die Wahrscheinlichkeit, dass die haftbar gemachten Hersteller den Schaden verursacht haben *könnten.* Aufgrund der Erfahrungen mit den Schwierigkeiten und der Beweiskosten stellten Gerichte allerdings später auf nationale Marktanteile ab. Ein hohes Gericht in **6/106**

---

206 *Franklin/Rabin/Green,* Tort Law and Alternatives⁹ 382 f.

207 Siehe *In re Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE) Prods. Liab. Litig.,* 379 F. Supp. 2d 348 (S.D.N.Y. 2005).

208 Siehe *Sindell v. Abbott Labs,* 607 P.2d 924 (California 1980).

209 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 28 reporters note to cmt p.

210 Basic Questions I Rz 5/109 f.

211 Siehe zB *Conley v. Boyle Drug Co.,* 570 Southern Reporter (So.) 2d 275, 284 (Florida 1990) (der Markt »sollte so eng definiert werden, wie es die Beweise im gegebenen Fall zulassen. Wenn somit festgestellt werden kann, dass das Medikament, das die Mutter nahm, in einer bestimmten Apotheke gekauft worden war, sollte diese Apotheke den relevanten Markt bilden.«).

New York ging nicht nur von nationalen Marktanteilen aus, sondern entschied sogar, dass sich ein Hersteller von DES nicht dadurch aus der Verantwortung ziehen könne, dass er beweise, das Medikament nicht in der Gegend, in der die Mutter des Klägers DES verschrieben bekam, vertrieben zu haben[212]. So stellte das New Yorker Gericht sicher, dass einige Hersteller von DES gegenüber Geschädigten haftbar werden, deren Krankheit von diesen Herstellern gar nicht verursacht worden sein konnte. Dieser Ansatz bedeutet einen weiten Schritt weg vom Deliktssystem hin zu einem Entschädigungssystem.

I. Kumulative Kausalität oder »Multiple sufficient causes«[213]

6/107 Die Ausführungen zu diesem Thema in Basic Questions I stehen im Einklang mit dem US-amerikanischen Recht: sowohl B1 als auch B2 würden als ursächlich für den Tod des Klägers betrachtet werden[214]. Wie weiter oben bereits dargelegt[215], sehen die meisten US Gerichte keine solidarische Haftung vor, und zwar wegen der Anerkennung der »Mitverantwortung« *(»comparative responsibility«).* Daher trifft mehrere kumulativ kausale Täter entweder eine gesamtschuldnerische, individuelle oder gemischte Haftung, je nachdem welches System die Gerichte bei einer anderen Mehrheit von Tätern, von denen jeder eine Ursache für den Schaden des Klägers gesetzt hat, anwenden.

6/108 In Vorwegnahme des nächsten Abschnitts zur überholenden Kausalität eine Bemerkung zu einer Abwandlung der kumulativen Kausalität. Es geht genauer um mehrere jeweils schon allein zureichende Ursachen, von denen eine durch einen rechtswidrig Handelnden gesetzt wird, die andere nicht auf Verschulden beruht und daher der Sphäre des Opfers zuzuzählen ist. Während die Quelle der Einwirkung nichts an ihrer Ursächlichkeit ändert, ist es eine gesonderte Frage, ob in diesem Fall eine Haftung für den eingetretenen Schaden auferlegt wird. Das Schadenersatzrecht sieht keine Haftung für den Fall der überholenden Kausalität vor, wenn ein unverschuldetes Ereignis eintritt, das denselben Schaden hervorgerufen hätte. Daher enden im Fall einer widerrechtlichen Tötung die Ersatzleistungen in dem Augenblick, in dem der Verstorbene eines natürlichen Todes gestorben wäre. Ersatzleistungen dauern in solchen Fällen nicht unbegrenzt an. Wie die in Basic Questions I beschriebene Analyse von *F. Bydlinski* zeigt[216], entspricht die überholende Kausalität der kumulativen Kausalität in jenem Zeitpunkt, in dem die über-

212 Siehe *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.,* 539 N.E.2d 1069 (N.Y. 1989).
213 Dieser Begriff wird auch im Third Restatement of Torts verwendet.
214 Basic Questions I Rz 5/112.
215 Siehe oben Rz 6/2.
216 Basic Questions I Rz 5/115.

holende Ursache, die für die Herbeiführung des Schadens ausgereicht hätte, eintritt. Wenn das Schadenersatzrecht die Haftung auf den Zeitraum vor Eintritt des unverschuldeten Ereignisses beschränkt, so spricht vieles dafür, den unerlaubt Handelnden, dessen Verhalten mit einer anderen ausreichenden, jedoch unverschuldeten Ursache zusammentrifft, gleich zu behandeln[217].

J. Überholende Kausalität oder »Duplicated harm«[218]

Dieser Bereich ist ein Stiefkind des US-amerikanischen Rechts. Für den Fall, dass von zwei Tätern das Verhalten des zweiten denselben Schaden verursacht hätte wie das des ersten Täters, allerdings zu einem späteren Zeitpunkt, konnten wir in der Judikatur nur ein einziges unbedeutendes Beispiel finden[219]. Allerdings sieht sowohl das britische als auch das kanadische Recht volle Haftung für den ersten Täter vor[220]. Hingegen sind, wie oben bereits erörtert, Sachverhalte, in denen ein unverschuldetes oder ein in der Sphäre des Geschädigten liegendes Ereignis die überholende Ursache ist[221], in den USA ausreichend geklärt: Die Haftung des ersten Täters endet dann, wenn das zweite, unverschuldete Ereignis den Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte. **6/109**

Für Fälle mit »überholender Kausalität«, an denen zwei Täter beteiligt sind, ist die Analyse *F. Bydlinskis* sehr ansprechend[222]. Allerdings besteht, wie *Bydlinski* erkennt, ein Spannungsverhältnis zu einem anderen Kausalkonzept, nämlich dem des Zuvorkommens. Wenn der Schaden bereits eingetreten ist, kann ein nachfolgendes Ereignis für diesen Schaden nicht kausal sein[223]. **6/110**

In Basic Questions I wird die Haftungsbefreiung des hypothetischen Zweitverursachers in diesem Fall damit begründet, dass diesen gegenüber dem bereits **6/111**

---

217 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 27 cmt d. Diese Frage hat eine lange und umstrittene Geschichte. Siehe *M. D. Green,* The Intersection of Factual Causation and Damages, 55 DePaul Law Review (2006) 671, 684–687.

218 Dem Ausdruck »duplicated harm« ist aus amerikanischer Sicht der Vorzug zu geben, weil der Begriff »superseding cause« speziell im Zusammenhang der Haftungsbegrenzung verwendet wird.

219 Siehe *Spose v. Ragu Foods, Inc.,* 537 New York Supplement (N.Y.S.) 2d 739 (N.Y. Sup. Ct. 1989).

220 Siehe *Stene v. Evans,* [1958] 14 Dominion Law Reports (D.L.R.) 2d 73 (Alb. Sup. Ct. App. Div.); *Long v. Thiessen & Laliberte,* 65 Western Weekly Reports (W.W.R.) 577 (B.C. Ct. App. 1968); *Dingle v. Associated Newspapers Ltd.,* [1961] 2 Queen's Bench (Q.B.) 162 (dicta), aff'd, [1964] A.C. 371 (1962); *Baker v. Willoughby,* [1970] A.C. 467 (H.L. 1969); *H. L. A. Hart/T. Honoré,* Causation in the Law² (1985) 247 (»Wenn beide schuldhaft gehandelt haben, erhält der Geschädigte vollen Ersatz vom ersten Schädiger.«).

221 Basic Questions I Rz 5/114.

222 Basic Questions I Rz 5/119.

223 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 27 cmt h.

zerstörten Gut keine Sorgfaltspflichten mehr treffen oder vielleicht, dass ihm keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann[224]. Das US-amerikanische Recht hingegen hat ein weiter gefasstes Pflichtenverständnis, zumindest im Hinblick auf die Verursachung von Personen- oder Sachschäden. Dementsprechend besteht eine grundsätzliche Verpflichtung, mit der gebotenen Sorgfalt zu handeln, wenn das eigene Verhalten für andere ein Risiko hervorruft[225]. Die Pflicht wäre in diesem System nicht so eng auf eine bestimmte Sache ausgerichtet, wie dies in Basic Questions I vertreten wird.

6/112 In Basic Questions I wird eine Theorie zur Rechtfertigung der Haftung des Zweittäters vorgeschlagen[226]: Die Bedrohung durch den ersten Täter verringerte den Wert des Gutes, schon bevor dieses durch den zweiten Schädiger zerstört wurde. Daher haben beide Täter zu haften. Ein US-amerikanischer Gelehrter hat dieselbe Lösung vor vielen Jahren vorgeschlagen, und eine Reihe von Schadenersatzrechtlern ist dieser »Wert-Lehre« gefolgt[227]. Eine der mit dieser Lehre verbundenen Schwierigkeiten wird in Basic Questions I aufgezeigt[228]: Wenn der zweite Täter das Risiko nicht vor Eintritt des Schadens geschaffen hat, funktioniert die Lösung nicht. Sie ist daher nicht nur bloß eine Teil-Lösung, sondern behandelt überdies Schädiger in derselben Situation unterschiedlich – aufgrund der rein zufälligen Chronologie ihres schädigenden Verhaltens. Die zweite Schwierigkeit liegt darin, dass diese Theorie nur Bestand haben kann, wenn der Geschädigte in der Lage ist, Ersatz für den Wertverlust vom Zweittäter zu erlangen, ohne dass ein Schaden an der Sache tatsächlich eintrat oder der Wertverlust sich realisierte[229].

6/113 Die Autoren dieses Berichts finden die in Basic Questions I vorgeschlagene Lösung für das Rätsel der »wiederholten« Schäden durch mehrere Schädiger[230] reizvoll und sachgerecht. Wir meinen lediglich, dass die dem chinesischen Recht entnehmbare Haftungsform, nämlich die bedingte Haftung (»conditional liability«), am geeignetsten wäre. Demnach kann ein bedingt haftender Schädiger dann herangezogen werden, wenn der primär haftende Täter insolvent ist. Diese Haftungsform gefällt uns deshalb gut, weil wir keinen überzeugenden Grund dafür sehen, die Anzahl der Klagen zu vervielfältigen, um dem ersten Täter, der voll haften müsste, wenn nicht zufällig das spätere Verhalten des anderen hinzuge-

224 Basic Questions I Rz 5/116.

225 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 7. Trotz des Restatement wenden US-Gerichte häufig einen engen Pflichtbegriff an, damit die Frage als Rechtsfrage behandelt werden kann, und sie entziehen somit den Geschworenen die Entscheidung des Falles.

226 Basic Questions I Rz 5/119.

227 Siehe *R. J. Peaslee,* Multiple Causation and Damage, 47 Harv. L. Rev. (1934) 1127.

228 Basic Questions I Rz 5/119.

229 Siehe *D. B. Dobbs,* The Law of Remedies² (1993) § 3.3(3) S. 234.

230 Basic Questions I Rz 5/123.

treten wäre, einen Rückgriff zu ermöglichen. Wir glauben, dass dieser Regressanspruch, wenn er anerkannt wird, oftmals zu getrennten Verfahren führen wird, weil über den Anspruch gegen den Ersttäter bereits entschieden wurde.

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Rechtswidrigkeit

A. Verhaltensunrecht oder Erfolgsunrecht

6/114 So wie das österreichische Recht, anerkennt auch das US-amerikanische Recht ein Verschulden (der Begriff Rechtswidrigkeit wird kaum verwendet[231]) bezüglich des Verhaltens und nicht des Erfolgs. Das in Basic Questions I[232] beschriebene deutsche Konzept der Rechtswidrigkeit wäre einem Amerikaner gänzlich fremd. Das Verschulden wird anhand eines objektiven Maßstabs gemessen[233]. Dieser objektive Maßstab ist ein Kompromiss des US-Rechts zwischen einer weniger komplexen Prüfung, die mit geringerem Aufwand verbunden ist, und den Schwierigkeiten eines Beweises, dass der Täter tatsächlich moralisch unangemessen gehandelt hat. Im vorliegenden Bericht verwenden wir die Begriffe »Verschulden« und »Fahrlässigkeit« synonym, um den objektiven Standard unangemessenen Verhaltens auszudrücken, das in den USA den Kernbereich der Zurechnung bei unabsichtlicher Schädigung bildet. Wo es Abweichungen vom objektiven Standard gibt, zB bei Kindern oder Menschen mit körperlichen Behinderungen, werden wir diese im Folgenden deutlich machen.

B. Geringfügigkeitsschwellen

6/115 Geringfügigkeitsgrenzen sind im US-amerikanischen Recht bei Personen- und Sachschäden selten anzutreffen. Im Unterschied zu europäischen Ländern, welche die von der EU-Richtlinie zur Produkthaftung gebotene Gelegenheit nutzten und Geringfügigkeitsschwellen für die strikte Produkthaftung einführten, existiert eine solche Grenze in den USA nicht; nicht einmal für »Bagatellfälle«. Vielleicht liegt es an der Bedeutung der körperlichen Unversehrtheit, dass Opfer, die

231 In der Abhandlung von *Dobbs,* dem zur Zeit führenden Lehrbuch des Schadenersatzrechts, findet sich kein Eintrag zu »wrongfulness« im Index. Siehe *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts[2] Index 84.

232 Basic Questions I Rz 6/4.

233 *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts[2] § 127, 398. Es existieren einige wenige Ausnahmen, wie zB bei Kindern oder Menschen mit körperlichen Beeinträchtigungen. Dort kommt ein gemischt objektiv-subjektiver Standard zur Anwendung: Wie hätte sich ein vernünftiger 12-Jähriger mit den Fähigkeiten und Kenntnissen des Beklagten unter den gegebenen Umständen verhalten?

einen solchen Schaden erleiden, in jedem Fall Anspruch auf Ersatz haben. In der Praxis hat das Fehlen einer solchen Schwelle mit einer Ausnahme, auf die wir weiter unten zurückkommen werden, keine Bedenken hervorgerufen. Der Grund dafür ist, dass die Verfahrenskosten derart hoch sind, dass niemand wegen eines unbedeutenden Schadens klagen würde. Man darf nicht vergessen, dass das US-Recht Erfolgshonorare für Anwälte zulässt, die insbesondere in Schadenersatzverfahren weit verbreitet sind, und die Anwaltskosten des Gewinners nicht dem Verlierer auferlegt werden. Folglich wären viele Verfahren im Ergebnis ein finanzieller Verlust, weil die Verfahrenskosten die erwartete Ersatzleistung überstiegen, und werden deshalb gar nicht erst angestrengt. So würden in Arzthaftungsfällen die Spitzenanwälte den Fall erst übernehmen, wenn sich der erwartete Schadenersatz im mittleren oder oberen sechsstelligen US-Dollar-Bereich bewegt, da die Verfolgung solcher Ansprüche enorme Kosten mit sich bringt.

Schwellenwerte gibt es sehr wohl bei manchen anderen Interessen. Die vor Kurzem erfolgte Ausweitung des Schutzes des Gefühlsbereiches, die Ansprüche wegen fahrlässiger Herbeiführung reiner Gefühlsschäden zulässt, fordert den Beweis, dass der Geschädigte einen schwerwiegenden Gefühlsschaden erlitten hat[234]. Man sagt, dass diese Erheblichkeitsschwelle zwei Zielen dient: zum einen werden »Alltagssorgen, die das Leben in einer modernen Gesellschaft mit sich bringt«, ausgeschlossen, und zum anderen soll sichergestellt werden, dass es sich um eine »ernsthafte ideelle Beeinträchtigung«[235] handelt – ganz ähnlich den in Basic Questions I beschriebenen Beweggründen[236]. Eine Geringfügigkeitsschwelle wurde ferner in dem Bereich der ein Grundstück betreffenden Störungen (nuisance) eingeführt. Die Störung des Liegenschaftsbesitzes muss demnach einen »beträchtlichen Schaden«[237] verursachen, denn auch hier werden geringfügige Störungen als Teil des modernen Gesellschaftslebens betrachtet, die ohne Ersatz hinzunehmen sind, damit das Leben weitergehen kann und andere die nötige Bewegungsfreiheit in der Verfolgung ihrer Ziele haben. Vielleicht sind diese Schwellen auch notwendig, weil trotz der oben beschriebenen praktischen Hindernisse derartige Ansprüche häufig gemeinsam mit anderen Ansprüchen aus schwerwiegenden Schäden geltend gemacht werden[238]. 6/116

234 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2012) §§ 47 und 48. Das Restatement basiert zT auf denselben Gründen wie jene, die in Basic Questions I genannt werden: die rechtliche Anerkennung kleinerer Beeinträchtigungen der emotionalen Ausgeglichenheit könnte zu einer Vergrößerung solcher Schäden führen.

235 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2012) § 47 cmt l.

236 Basic Questions I Rz 6/24 f.

237 Siehe Restatement (Second) of Torts (1979) § 821F.

238 Dieses Phänomen trifft sicherlich auf jene Fälle zu, in denen vorsätzlich seelische Belastungen zugefügt werden. Diese Ansprüche werden häufig mit anderen Ansprüchen, zB aus dem Arbeitsumfeld oder wegen Verletzung der Bürgerrechte, verbunden. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2012) § 46 reporters note to cmt g (»Es gibt

6/117 Der einzige Bereich, in dem eine Art »Geringfügigkeitsschwelle« für Personenschäden eingeführt wurde, sind die Asbest-Verfahren, bei denen einige Gerichte Pleuraplaque (Vernarbung der Lunge aufgrund inhalierter Asbestfasern) nicht als ersatzfähigen Schaden anerkannt haben[239]. Diese Entscheidung schafft eine Schwelle, weil sie das Erfordernis aufstellt, dass die Asbestose schon so weit fortgeschritten ist, dass sie klinische Symptome hervorgerufen hat. Die Gründe für diese Schwelle sind überzeugend: Millionen von Amerikanern waren Asbest ausgesetzt, und die Ansprüche von Asbest-Opfern führten zum Bankrott von mehr als 75 Unternehmen in den USA[240]. Die überwiegende Mehrheit der Ansprüche wurde von Klägern geltend gemacht, die an Pleuraplaque litten; die Ansprüche wurden durch Anwälte gebündelt und durch Vergleiche mit den Herstellern der Asbestprodukte bereinigt. Das Ergebnis war eine Verdrängung der Ansprüche gerade jener Opfer, welche die schlimmsten Folgen erlitten: Mesotheliome sind eine Krebsart, die so gut wie immer tödlich ist. *Peter Schuck* brachte zwingende Gründe dafür vor, dass die Entscheidung der Pleuraplaque-Fälle zurückgestellt werden sollte, damit sich die am schwersten betroffenen Kläger in der Warteschlange ganz vorne einreihen konnten[241]. Pleuraplaque als nicht ersatzfähigen Schaden zu qualifizieren, war eine der Reaktionen auf dieses Problem.

6/118 In Basic Questions I wird bemerkt, dass, abgesehen von Schwellenwerten, das Erfordernis des Vorliegens einer Pflichtverletzung ebenfalls eine Grenze für geringfügige Ansprüche bildet. Es sei davon auszugehen, dass keine Sorgfaltspflichten bestehen, ganz geringfügige Beeinträchtigungen eines anderen zu vermeiden[242]. Diese Aussage sollte insofern näher bestimmt werden, dass das Ausmaß des durch ein Verhalten zugefügten Schadens nicht nur eine Folge des gefährdenden Verhaltens, sondern auch des Zufalls ist. Wenn beispielsweise ein Autofahrer einen Fußgänger streift und dabei zwei Finger des Fußgängers berührt, wird der Schaden in den meisten Fällen minimal sein. Wenn aber der Fußgänger ein Weltklasse-Pianist ist, kann der Schaden schwerwiegend sein. Umgekehrt kann ein besonders gefährliches Verhalten – Zielscheiben-Schießen auf einem überfüllten Platz – nur zu kleinen Verletzungen führen oder vielleicht auch gar keinen Schaden verursachen. Es hängt oft vom Zufall ab, ob es zu einem minimalen oder einem schwerwiegenden Schaden kommt; das Verschulden des Schädigers ist für

viele Beispiele dafür, dass schwache oder unberechtigte Ansprüche aus vorsätzlicher Zufügung seelischer Belastungen mit Klagen verbunden werden, die ein anderes Delikt oder gesetzlich gewährleistetes Recht zum Gegenstand haben.«).

239 Siehe dazu oben Rz 6/70.

240 Siehe *S. J. Carroll/D. Hensler/J. Gross/E. M. Sloss/M. Schonlau/A. Abrahamse/J. S. Ashwood,* Asbestos Litigation (2005) 92–97.

241 Siehe *P. H. Schuck,* The Worst Should Go First: Deferral Registries in Asbestos Litigation, 15 Harvard Journal of Law & Technology (1992) 541.

242 Basic Questions I Rz 6/35.

das Schadensausmaß nicht bestimmend. Aus diesem Grund gibt es im US-amerikanischen Recht keine Gefährdungsschwelle für die anzuwendende Sorgfalt. In Basic Questions I wird hinzugefügt, dass bei bloß geringfügiger Gefährdung dann keine Sorgfaltspflicht besteht, wenn dieses Risiko aufgewogen wird durch den Wert des gefährdenden Verhaltens; das ist eine These, mit der die Autoren übereinstimmen[243].

C. Sorgfaltsanforderungen

Wie weit das US-amerikanische Recht in Bezug auf die Sorgfaltsanforderungen mit den Ausführungen in Basic Questions I[244] übereinstimmt, lässt sich am besten an Hand des Third Restatement zeigen: **6/119**

Fahrlässig handelt, wer unter Berücksichtigung aller Umstände keine angemessene Sorgfalt walten lässt. Wichtigste Faktoren für die Feststellung der gehörigen Sorgfalt sind die vorhersehbare Wahrscheinlichkeit, dass das Verhalten einen Schaden verursachen wird, die vorhersehbare Schwere eines möglichen Schadens, sowie die Belastung durch Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung oder Verringerung des Schadensrisikos[245]. **6/120**

Das Restatement führt zu dieser Grundregel aus: Der abwägende Ansatz beruht auf einem einfachen Gedanken. Verhalten ist sorglos, wenn die Nachteile die Vorteile überwiegen – und umgekehrt. Der fragliche Nachteil ist das Ausmaß der vom Verhalten ausgehenden Gefährdung; wie bereits festgestellt, umfasst das »Ausmaß der Gefährdung« sowohl die vorhersehbare Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts als auch die vorhersehbare Schwere eines möglichen Schadens. Die »Vorteile« des Verhaltens beziehen sich auf die Bürde der Risikovorbeugung, die der Täter vermeidet, wenn er keine Vorsichtsmaßnahmen trifft. Das Verhalten des Täters ist demnach fahrlässig, wenn das Ausmaß der Gefährdung die Belastung durch Vorsichtsmaßnahmen überwiegt. Die Belastungen durch Vorsichtsmaßnahmen können sehr verschiedenartig sein. Häufig ist es eine finanzielle Belastung des Täters, wenngleich diese weitgehend an dessen Kunden weitergegeben wird. Bei Verkehrsunfällen können es Verspätungen sein, die der Fahrer durch langsameres Fahren erleidet, oder auch Belastungen dadurch, dass der Fahrer aufmerksamer fahren muss. In Fällen, in denen ein Waffenbesitzer für die unzulängliche **6/121**

243 Die in Basic Questions I verwendete Sprache ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass die Sorgfaltspflicht in Ländern des civil law eher locker gehandhabt wird. In den USA ist die Sorgfaltspflicht ein explizites Element für Ansprüche aus Schaden durch einen Unfall und spielt auch eine Rolle bei der Entscheidung der Gerichte, ob ein Anspruch begründet ist und weiterverfolgt oder zurückgewiesen wird. Siehe *Cardi/Green,* 81 S. Cal. L. Rev. (2008) 671.

244 Basic Questions I Rz 6/39–44.

245 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 3.

Verwahrung und die damit verbundene Ermöglichung der missbräuchlichen Verwendung seiner Waffe haftbar gemacht wird, sind es die Unannehmlichkeiten, die er auf sich nehmen muss, um die Waffe sicherer zu verwahren[246].

D. Unterlassungen

6/122 Bevor wir das US-amerikanische Recht den Ausführungen in Basic Questions I[247] gegenüberstellen, möchten wir eine Sache klarstellen, die Gerichte in den USA immer wieder verwirrt hat. Das Unterlassen eines Tuns kann Gegenstand der gewöhnlichen Sorgfaltspflichten sein, wenn das Gesamtverhalten des Täters andere gefährdet. Der Fall, dass eine Autofahrerin es unterlässt, vor einer roten Ampel die Bremsen zu betätigen, würde nicht als ein Fall angesehen werden, der eine Unterlassung betrifft[248]. Das Verhalten der Fahrerin beim Betrieb des Fahrzeuges gefährdet andere, weshalb angemessene Sorgfalt wegen dieser Risiken aufzuwenden ist. Das Unterlassen eines Tuns kann Grundlage für die Verletzung dieser Verpflichtung sein. Auch die Errichtung oder der Erwerb eines gefährlichen Gebäudes[249] unterwirft den Täter der Pflicht zur Aufwendung der gehörigen Sorgfalt; dies würde nicht dahin verstanden werden, dass es um eine Pflicht zu aktivem Tun geht.

6/123 In den USA herrscht eine Kultur des krassen Individualismus und das amerikanische Recht zeigt daher nur eine geringe Neigung, Pflichten zur Rettung (oder Verringerung der Gefährdung, die nicht vom Retter ausgeht) aufzuerlegen. Das in Basic Questions I[250] genannte Beispiel des Blinden, der auf eine nicht abgesicherte Grube zugeht und von einem Zuschauer durch ganz geringfügigen Aufwand leicht gerettet werden könnte, würde in den USA keine Haftung auslösen, trotz des äußerst unmoralischen Verhaltens des Zusehers. Obwohl eine Reihe von Wissenschaftlern in Nordamerika diesen Zustand wiederholt anprangerten und sich für die Einführung einer »duty of easy rescue«[251] stark machten, hat dieser Vorschlag bislang keinen Eingang in die US-amerikanische Rechtsordnung gefunden. Freiheit, die Gefahr der Selbst-Aufopferung, wenn die Pflichten zu weit ausgedehnt werden, Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen müheloser und schwieriger Rettung, Probleme bei mehreren potentiellen Rettern, sowie die Auswirkungen der Anerkennung von freiwilligen selbstlosen Rettungen sollen das

246 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 3 cmt e.

247 Basic Questions I Rz 6/45 f.

248 Siehe *Satterfield v. Breeding Insulation Co.*, 266 S.W.3d 347 (Tennessee 2008); *Dobbs/Hayden/Bublick*, The Law of Torts² § 405, S. 658 f.

249 Basic Questions I Rz 6/46.

250 Basic Questions I Rz 6/47.

251 Siehe zB *E.J. Weinrib*, The Case for a Duty to Rescue, 90 Yale L.J. (1980) 247.

US-amerikanische Recht rechtfertigen; dies wird vom liberalen Rechtstheoretiker *Richard Epstein* breit ausgeführt[252].

Doch die Fassade beginnt zu bröckeln. Eine Reihe von Pflichten zu aktivem Handeln sind bereits fest verankert; sie entspringen entweder besonderen Beziehungen oder sind die Folge von übernommenen Verpflichtungen. Solche Sonderbeziehungen, die zu einem aktiven Handeln verpflichten, sind mit der Zeit immer mehr geworden[253]. Amerikaner reagieren von jeher heftig, wenn sich ein markanter Fall unterlassener Rettung ereignet. Das eine oder andere Mal hat ein derartiger Vorfall tatsächlich zur gesetzlichen Einführung bestimmter Rettungspflichten in ähnlich gelagerten Situationen geführt[254]. Dass es an der treibenden Kraft für größere Reformen in diesem Bereich fehlt, könnte daran liegen, dass nichtrechtliche Einflüsse ausreichen, sodass Fälle unterlassener Hilfeleistung selten vorkommen[255]. **6/124**

II. Verschulden

So wie in Deutschland und in der Schweiz[256] ist der Sorgfaltsmaßstab in den USA objektiv und berücksichtigt individuelle Unzulänglichkeiten nicht. Nach der üblichen Rechtfertigung, entwickelt von *Oliver Wendell Holmes,* steht nicht die ethische Frage, ob jemandem, der nicht schuldhaft gehandelt hat, eine Haftung aufzuerlegen ist, im Mittelpunkt, sondern vielmehr sind es die Folgen für andere und der für die Feststellung der Fähigkeiten jedes einzelnen Täters erforderliche Aufwand. **6/125**

Die im Recht geltenden Maßstäbe sind allgemeiner Art. Das Recht berücksichtigt nicht die unendliche Vielfalt an Temperamenten, des Intellekts und der **6/126**

252 Siehe *R. A. Epstein,* A Theory of Strict Liability, 2 J. Legal Stud. (1973) 151, 197–204.

253 Einige neue wurden im Jahr 2012 in das Third Restatement of Torts aufgenommen. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2012) §§ 40(b)(5)–(6) und 41(b)(4).

254 Im Jahr 1997 wurde die 7 jährige *Sherrice Iverson* sexuell angegriffen und in einer WC-Kabine getötet. Der beste Freund ihres Angreifers wusste vom geplanten Angriff und unternahm nichts dagegen. Nach öffentlichem Aufschrei wurde sowohl in Nevada als auch in Kalifornien ein Strafgesetz erlassen, wonach Zeugen, die nicht Familienangehörige sind, sexuelle Angriffe gegen Kinder zur Anzeige bringen müssen. Siehe Sherrice Iverson Child Victim Protection Act, Cal. Penal Code § 152.3; Nev. Rev. Stat. Ann. § 202.882.

255 Siehe *D. Hyman,* Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue, 84 Tex. L. Rev. (2006) 653, 656 (berichtet nach empirischen Untersuchungen, dass »bewiesene Fälle von unterlassener Rettung äußerst selten sind und bewiesene Fälle von erfolgter Rettung sehr häufig vorkommen – oft unter besonders gefährlichen Umständen, in denen von vornherein keine Rettungspflicht vorgesehen würde.«).

256 Basic Questions I Rz 6/83.

Bildung, die den inneren Charakter einer bestimmten Handlung so unterschiedlich bei verschiedenen Menschen macht. Das Recht versucht auch nicht, die Menschen so zu sehen, wie Gott sie sieht, und zwar aus mehreren triftigen Gründen: Erstens ist die Unmöglichkeit der genauen Messung der Stärken und Schwächen eines Menschen noch viel eindeutiger als jene der Ermittlung seiner Kenntnis des Rechts, die jedoch schon als ausreichender Grund dafür angesehen wurde, die Vermutung aufzustellen, dass jedermann das Recht kennt. Aber eine befriedigendere Begründung geht dahin, dass dann, wenn Menschen in einer Gemeinschaft zusammen leben, ein gewisses Durchschnittsverhalten und der Verzicht auf individuelle Eigenheiten, die über ein bestimmtes Maß hinausgehen, für das allgemeine Wohl notwendig sind. Wenn beispielsweise ein Mensch auf die Welt kommt, der unbeholfen ist und stets übereilt handelt, immer wieder Unfälle verursacht und sich selbst oder seine Mitmenschen verletzt, so werden ihm seine Geburtsfehler vom himmlischen Gericht zweifelsohne nachgesehen; für seine Mitmenschen sind seine Verfehlungen jedoch genauso störend, wie wenn er schuldhaft nachlässig handelte. Seine Mitmenschen verlangen daher von ihm, dass er – auf seine eigene Gefahr – ihren Maßstäben entspricht, und die von ihnen eingesetzten Gerichte werden seine persönlichen Unzulänglichkeiten nicht berücksichtigen[257].

A. Kinder

6/127 Der objektive Verschuldensmaßstab wird für einige Bereiche abgeändert. Wie in Basic Questions I erörtert[258], wird der Sorgfaltsmaßstab für Kinder angepasst. In den USA gibt es zwei verschiedene Ansätze, von denen einer auf normativen Bestimmungen beruht, während der andere vom Maßstab ausgeht. Der normative Ansatz nimmt Kinder unter 7 Jahren von der Fahrlässigkeitshaftung aus, während für Kinder zwischen 7 und 14 die widerlegbare Vermutung gilt, dass diese nicht verschuldensfähig sind. Für Kinder, die über 14 Jahre alt sind, gilt die widerlegbare Vermutung, dass sie verschuldensfähig sind. Der in der Mehrzahl der Staaten herangezogene flexible Ansatz verwendet für Kinder einen gemischten objektivsubjektiven Maßstab. Kinder müssen demnach jene Sorgfalt aufwenden, die ein vernünftiges Kind mit gleicher Intelligenz, gleichen Fähigkeiten und gleicher Erfahrung aufgewendet hätte. Doch auch dieser flexible Ansatz bezieht sich auf eine Norm für Kinder unter einem bestimmten Alter, das Restatement (Third) of Torts sieht ein Alter von 5 Jahren vor, unter dem sie als nicht verschuldensfähig gelten[259].

257 *Holmes,* Common Law 108–110.
258 Basic Questions I Rz 6/86.
259 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 10.

Ausgenommen von diesen Sonderregelungen sind Kinder, die Erwachsenentätigkeiten ausüben, zB Auto fahren oder eine Waffe gebrauchen. An diese wird ein nicht abgeänderter Maßstab der erforderlichen Sorgfalt angelegt. **6/128**

B. Menschen mit körperlicher oder geistiger Behinderung

Menschen mit beträchtlichen und objektiv feststellbaren körperlichen Behinderungen unterliegen in den USA wie Kinder dem gemischten objektiv-subjektiven Sorgfaltsmaßstab. Von einem Blinden wird nicht dieselbe Sorgfalt erwartet wie von einer sehenden Person, doch muss er so handeln, wie ein anderer vernünftiger Blinder handeln würde. Der körperlich Behinderte muss darüber hinaus seine Behinderung bedenken, wenn er entscheidet, welche Tätigkeiten er ausüben wird. Ein Blinder, der mit einem Auto einen Fußgänger niederstößt, wird sich für das Lenken eines Fahrzeuges verantworten müssen, nicht für das Niederstoßen eines Fußgängers[260]. **6/129**

In Basic Questions I wird ausgeführt, dass willentliches Handeln Voraussetzung für die verschuldensabhängige Haftung ist[261]. Im US-amerikanischen Recht ist das ähnlich: Einer Person, die plötzlich handlungsunfähig, vielleicht sogar bewusstlos wird, ohne dass dies für sie vorhersehbar und Folge eines physischen Zustandes war, kann kein Verschulden vorgeworfen werden[262]. **6/130**

Im Unterschied zu Menschen mit körperlichen Behinderungen wird auf Menschen mit geistigen oder seelischen Beeinträchtigungen der unangepasste Sorgfaltsmaßstab angewendet. Diese unterschiedliche Behandlung wird vor allem aus Kostengründen vertreten: genau festzustellen, über welche individuellen Fähigkeiten eine Person mit geistigen oder seelischen Beeinträchtigungen verfügt, wäre aufgrund der vielfältigen Facetten dieser Zustände sowohl für die Parteien als auch für die Ressourcen der Justiz schwierig und kostspielig. Selbst wenn solche Behinderungen beurteilt werden könnten, wäre auch noch die Feststellung eines Kausalzusammenhangs zwischen der Beeinträchtigung und dem Fehlverhalten problematisch. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass viele seelische Beeinträchtigungen geringeren Ausmaßes nicht die Fähigkeit der betreffenden Person, mit angemessener Sorgfalt zu handeln, beeinträchtigen. **6/131**

260 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 11(a).
261 Basic Questions I Rz 6/81.
262 Die »sudden incapacitation rule« ist jedoch nicht anwendbar bei einer emotionalen oder geistigen Beeinträchtigung. Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 11(b) und cmt d.

C. Außergewöhnlich hohe Fähigkeiten

6/132 Menschen mit außergewöhnlich hohen Fähigkeiten und Kenntnissen müssen diese auch einsetzen. Auch hier ist der Sorgfaltsmaßstab ein subjektiv-objektiv gemischter; es wird gefragt, welche Fähigkeiten der Beklagte aufweist und welche Sorgfalt eine vernünftige Person mit diesen außergewöhnlichen Fähigkeiten aufgewendet hätte. Ein Rennfahrer, der sein Fahrzeug außergewöhnlich gut beherrscht, sodass er im Unterschied zu gewöhnlichen Autofahrern auch in Notsituationen in der Lage ist, Unfälle zu vermeiden, wird dafür einstehen müssen, wenn es zu einem Unfall kommt und er diese Fähigkeiten nicht eingesetzt hat[263].

6/133 Anzumerken ist, dass dieser Maßstab nicht für Fachleute gilt. Von diesen wird zwar erwartet, dass sie ihre bessere Ausbildung und reichere Erfahrungen einsetzen, doch wird diese Anforderung in anderer Weise auferlegt als bei Nicht-Fachleuten mit außergewöhnlich hohen Fähigkeiten, die gewöhnliche Tätigkeiten ausführen: Da man davon ausgeht, dass Geschworene aufgrund der hohen fachlichen Spezialisierung nicht beurteilen können, worin die angemessene Sorgfalt bei Fachleuten zu bestehen hätte, gilt für diese ein abgeänderter Sorgfaltsmaßstab – Fachleute haben jene Sorgfalt anzuwenden, die andere Fachleute unter ähnlichen Umständen üblicherweise angewendet hätten. Das einflussreiche Urteil *Robbins v. Footer*[264] setzt sich mit diesem Maßstab und dem Erfordernis des Beweises durch Sachverständigenaussagen auseinander:

6/134 Wer wegen eines dem ersten Anschein nach vorliegenden medizinischen Behandlungsfehlers klagt, muss den anerkannten Maßstab erforderlicher medizinischer Sorgfalt beweisen, sowie dass der Beklagte bei der Behandlung des Klägers von diesen Anforderungen abgewichen ist. Die Kläger müssen fast immer sachverständige Zeugen beiziehen, da die Geschworenen aufgrund der hohen fachlichen Komplexität des Sachverhalts und der Probleme weder die angemessenen Sorgfaltsanforderungen beurteilen können, noch, ob der Beklagte diesen entsprochen hat. Ohne Sachverständige kann in solchen Fällen keine Fahrlässigkeit festgestellt werden.

6/135 Die Rechtsprechung in den USA beschäftigt sich nur wenig mit Fehlern von Fachleuten und der Rechtfertigung des an sie angelegten objektiven Sorgfaltsmaßstabs[265]. Das liegt zum einen daran, dass ärztliche Behandlungsfehler häufig nicht die Folge mangelhafter Ausbildung sind, sondern der bedauerlichen Tatsache, dass Menschen – unabhängig von ihrer Ausbildung und ihren Fähigkeiten – Fehler unterlaufen. Zum anderen wird bereits bei der Zulassung zur Berufsausübung weitgehend sichergestellt, dass Unqualifizierte den Beruf nicht ausüben.

263 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 12.
264 553 F.2d 123, 126–27 (D.C. Cir. 1977) (nicht zitiert).
265 Basic Questions I Rz 6/89.

In Einzelfällen kommt es allerdings unvermeidlicherweise dennoch vor, dass Personen zugelassen werden, die nicht in der Lage sind, die erforderliche Sorgfalt aufzubringen. Ein Beispiel dafür bietet der Neurochirurg aus Iowa, der mehrmals an der falschen Gehirnseite operierte[266]. Wenn entsprechende Disziplinarmaßnahmen nicht ausreichen, muss das Schadenersatzrecht aus Gründen der Abschreckung eingreifen.

III. Haftung für andere Personen

A. Einleitung

Wir beginnen mit Vorbemerkungen zur Terminologie und Rechtfertigung. Der Begriff »auxiliary« (»Gehilfe«) wird in den USA kaum verwendet. Im US-amerikanischen Recht sind »agents« jene Personen, die von einem Geschäftsherrn beauftragt werden, für diesen bestimmte Tätigkeiten auszuführen. »Agents« werden wiederum in »employees« und »independent contractors« unterteilt[267]. Nach unserem Verständnis entsprechen *Erfüllungsgehilfen* den »agents«, und der Begriff des *Besorgungsgehilfen* wird verwendet, wenn kein Vertragsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschädigtem besteht[268]. Der Ausdruck »Risiko in der Sphäre des Geschäftsherrn (oder einer anderen Person)« wird in der US-amerikanischen Rechtsprechung ebenfalls nicht verwendet, wenngleich das damit angesprochene Konzept recht häufig Anwendung findet. **6/136**

Abschließend noch eine Vorbemerkung zu dem in Basic Questions I dargelegten Grundsatz, dass »die Haftung für andere Personen nicht auf insgesamt schwächeren Gründen aufgebaut werden darf, als alle anderen Haftungen.«[269] Die Autoren würden das anders formulieren: Die Gehilfenhaftung sollte eingreifen, wenn die Gründe für sie schwerwiegender sind als die Gründe gegen sie. Unserer Ansicht nach sind die Grundprinzipien der Haftung kein Mindeststandard dafür, wann eine Haftung anzuerkennen ist; in den USA ist es seit jeher üblich, die Haftung auszuweiten (oder zu beschränken), wenn zeitgemäße soziale, kulturelle, wirtschaftliche und technologische Einflüsse dies rechtfertigen. Wenngleich die **6/137**

266 Siehe *Locksley v. Anesthesiologists of Cedar Rapids,* PC, 333 N.W.2d 451 (Iowa 1983).

267 »Independent contractors« sind Personen, die außerhalb eines Dienstverhältnisses bestimmte Aufgaben für jemanden ausführen. Einige »independent contractors« sind gleichzeitig auch »agents« und dürfen daher in bestimmten Angelegenheiten für den Geschäftsherrn tätig werden. Siehe Restatement (Third) of Agency (2006) § 1,01.

268 Seit dem grundlegenden Urteil *MacPherson v. Buick Motor Co.,* 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916) spielt das Vertragsverhältnis in Schadenersatzfällen keine Rolle mehr.

269 Basic Questions I Rz 6/96.

Haftung für Gehilfen sehr alt ist[270], sollte sie dann angewendet werden, wenn es besser ist, sie anzuwenden, als den Geschäftsherrn nicht haften zu lassen.

B. Die Eigenhaftung der Gehilfen

6/138 So wie in Deutschland und in Österreich bleiben Gehilfen persönlich haftbar, auch wenn der Geschäftsherr für das schädigende Verhalten des Gehilfen einstehen muss[271]. Trotz dieser rechtlichen Regelung werden Ersatzansprüche selten gegen Gehilfen gerichtet[272]. Die herkömmliche Erklärung für dieses Phänomen ist, dass Dienstnehmer meist zahlungsunfähig sind und Klagen gegen sie üblicherweise ins Leere gehen. *Gary Schwartz* nennt noch einige andere Gründe, warum Dienstgeber nur selten gegen ihre Dienstnehmer vorgehen; so zB sind Dienstgeber bei der Abwehr von Ersatzansprüchen Dritter auf die Kooperation ihrer Dienstnehmer angewiesen[273].

6/139 In Basic Questions I werden Bedenken bezüglich unverhältnismäßiger und potentiell ruinöser Ersatzpflichten geäußert, die den Dienstnehmer treffen, wenn der Dienstgeber zahlungsunfähig ist[274]. In den USA gibt es in diesem Zusammenhang eine Absicherung: Klagevertreter, die Erfolgshonorare erhalten, werden sich hüten, gegen jemanden vorzugehen, der keine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat[275]. *Baker* formuliert es so: »Diese faktische Immunität findet

---

270 Die Gehilfenhaftung ist in England seit dem 18. Jahrhundert etabliert und wurde in die USA »exportiert«, die das englische common-law-System übernahmen. Siehe *W. P. Keeton/D. B. Dobbs/R. E. Keeton/D. G. Owen,* Prosser and Keeton on the Law of Torts[5] (1984) 500.

271 Aus Gründen, die mit der Haftungsteilung zusammenhängen, unterscheidet die US-amerikanische Rechtsordnung zwischen der Haftung eines Geschäftsherrn für seinen Gehilfen und der gesamtschuldnerischen Haftung: häufig wird die Frage, ob ein Geschäftsherr für den gesamten dem Gehilfen zugeschriebenen Anteil haftet, mit der Frage vermischt, ob der Geschäftsherr mit dem Gehilfen gesamtschuldnerisch haftet. Dies kann irreführend sein und ist darüber hinaus ungenau, insbesondere dann, wenn die gesamtschuldnerische Haftung in ihrer Reinform abgeschafft oder abgeändert wurde. Der für den Gehilfen haftende Geschäftsherr hat gegenüber dem Kläger keine Pflichtverletzung begangen, sondern haftet ganz simpel kraft rechtlicher Zurechnung für das deliktische Verhalten eines anderen. Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 13 cmt c.

272 Siehe *G. T. Schwartz,* The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability, 69 S. Cal. L. Rev. (1996) 1739, 1753.

273 *Schwartz,* 69 S. Cal. L. Rev. (1996) 1739, 1764–1767. Die anderen Gründe, die *Schwartz* nennt, sind die Aufrechterhaltung eines guten Verhältnisses zum Dienstnehmer; bessere Risikotragungsmöglichkeiten des Dienstgebers; sowie Verständnis und Mitgefühl des Dienstgebers für den Dienstnehmer, der einen Fehler begangen hat und dabei letztendlich bloß im Interesse des Arbeitgebers handeln wollte.

274 Basic Questions I Rz 6/101.

275 *T. Baker,* Liability Insurance as Tort Regulation: Six Ways That Liability Insurance Shapes Tort Law in Action, 12 Connecticut Insurance Law Journal (Conn. Ins. L.J.) (2005) 1, 4–6.

sich nicht im Schadenersatzrecht, wie es in den Büchern steht.«[276] *Baker* erklärt auch, dass die Begrenzung der Haftpflichtversicherung de facto den Umfang der Haftung begrenzt[277]. Während normalerweise ein Schadenersatzanspruch gegen den Dienstnehmer nicht vom Geschädigten selbst, sondern vom Versicherer des Dienstgebers eingebracht würde, müsste bei Zahlungsunfähigkeit des Dienstgebers der in Basic Questions I erwähnte Ersatzanspruch gegen den Dienstnehmer vom Geschädigten eingebracht werden.

In Basic Questions I wird dennoch die Ansicht vertreten, dass es bei Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn sachgerechter erscheint, dass der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Gehilfe das Risiko der Zahlungsunfähigkeit tragen soll und nicht der unschuldig Geschädigte[278]. Diese Überlegungen überzeugen, stimmen allerdings dort nicht, wo bei Mitverschulden der Grundsatz der Schadensteilung (»comparative fault«) die Lehre von der alleinigen Schadenstragung durch Täter oder Opfer (»contributory negligence«) abgelöst hat. Mit dieser Reform in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sind viele Theorien, die vom Grundsatz des unschuldigen Klägers ausgingen, fragwürdig geworden und bedürfen neuerlicher Überprüfung[279]. **6/140**

Viele andere Aspekte des US-amerikanischen Rechts decken sich jedoch mit den Ausführungen zum deutschen und österreichischen Recht in Basic Questions I[280], so zB die Beschränkung der Gehilfenhaftung auf Schäden, die im Rahmen der Erfüllung der aufgetragenen Tätigkeit herbeigeführt worden sind, die Schwierigkeiten bei Vorsatzdelikten und weitere Zurechnungsbegrenzungen. **6/141**

C. Respondeat superior

In diesem Zusammenhang wollen wir zwei Themen ansprechen: 1) die Reichweite der Gehilfenhaftung des Dienstgebers, und 2) die Rechtfertigung der Haftung des Dienstgebers, wenn diesen kein Verschulden trifft. **6/142**

Die umfassende Geltung des Grundsatzes »respondeat superior« wie in Basic Questions I beschrieben[281], wird auch in den USA anerkannt. Dienstgeber haften für unerlaubte Schadenszufügung durch ihren Dienstnehmer im Rahmen seines **6/143**

276 *Baker,* 12 Conn. Ins. L.J. (2005) 6.
277 *Baker,* 12 Conn. Ins. L.J. (2005) 6.
278 Basic Questions I Rz 6/100.
279 Siehe *M. D. Green,* The Unanticipated Ripples of Comparative Negligence: Superseding Cause in Products Liability and Beyond, 53 South Carolina Law Review (2002) 1103.
280 Basic Questions I Rz 6/107–114.
281 Basic Questions I Rz 6/117.

Dienstverhältnisses[282]. Die Haftung des Dienstgebers ist demnach verschuldensunabhängig, doch setzt dessen Haftung ein Verschulden des Dienstnehmers voraus. Ein Dienstgeber kann darüber hinaus auch für eigenes deliktisches Verhalten einstehen müssen – am weitesten verbreitet ist die Haftung für Verschulden bei der Auswahl des Dienstnehmers.

6/144 Die Rechtfertigung der Gehilfenhaftung liegt in der *möglichen* Kontrolle des Dienstnehmers durch den Dienstgeber. Dienstgeber können zweifelsohne nicht jede Handlung des Dienstnehmers kontrollieren – denken Sie beispielsweise an Fernfahrer. In der Tat, die Gehilfenhaftung greift in den USA auch dann ein, wenn der Dienstgeber klare Anweisungen gibt, die der Dienstnehmer missachtet. Ein Dienstgeber muss daher zB dafür einstehen, dass der LKW-Fahrer entgegen den im Unternehmen geltenden Regeln zu schnell fährt und dadurch einen Unfall verursacht[283].

6/145 Die Autoren stimmen zu, dass die Gehilfenhaftung nicht damit zu rechtfertigen ist, dass jeder Einsatz von Hilfspersonen zu einer Risikoerhöhung führt[284]. Die Ausführungen in Basic Questions I würden wir allerdings ergänzen: Risikoerhöhung ist keine allgemeine Grundlage für die Auferlegung einer Haftung. Jemand hat für die Risikoerhöhung vielmehr nur dann einzustehen, wenn sein Verhalten unvernünftig, also fahrlässig ist. Nach der Risikoerhöhungstheorie müsste den Dienstgeber demnach bei der Auswahl des Dienstnehmers ein Verschulden treffen; sie kann eine Haftung des Dienstgebers ohne Verschulden nicht rechtfertigen.

6/146 Wir sind allerdings der Ansicht, dass es gute Gründe für eine Gehilfenhaftung gibt, die im US-amerikanischen Recht fest verankert ist. *Gary Schwartz* nennt in einer Untersuchung zur Gehilfenhaftung die folgenden drei, auf dem Präventionsgedanken beruhenden Gründe:

6/147 Erstens bietet die Gehilfenhaftung einen starken Anreiz für Dienstgeber, ihre Dienstnehmer sorgfältig auszuwählen und deren Tätigkeit wirksam zu überwachen; damit sollte sichergestellt sein, dass Fehlverhalten von Gehilfen hintangehalten wird. Zweitens spornt die Gehilfenhaftung Dienstgeber dazu an, Dienstnehmer, die ein Fehlverhalten gesetzt und so eine Haftung des Dienstgebers ausgelöst haben, zu disziplinieren, entweder durch Herabstufung oder durch sofortige Entlassung. Wirkungsvolle Disziplinarmaßnahmen können dazu führen, dass Gehilfen, die in Zukunft Schäden verursachen könnten, entfernt werden, und sie spornen alle Gehilfen dazu an, Fehlverhalten zu vermeiden. Drittens, sofern schädigendes Verhalten der Dienstnehmer selbst durch sorgfältige Auswahl, Schulungen, Kontrolle und Disziplinarmaßnahmen nicht gänzlich vermieden werden

282 Für nähere Ausführungen zu Grenzfällen im Zusammenhang mit dem Umfang eines Dienstverhältnisses siehe Restatement (Third) of Agency (2006) § 7,07(2).
283 Siehe *Warner Trucking, Inc. v. Carolina Casualty Ins. Co.,* 686 N.E.2d 102 (Indiana 1997).
284 Basic Questions I Rz 6/119.

kann, gibt die Gehilfenhaftung den Dienstgebern einen Anreiz, nach Alternativen für Dienstleistungen zu suchen. Eine Alternative könnte beispielsweise die Mechanisierung bestimmter Arbeitsvorgänge sein; eine andere die Einschränkung des gesamten Tätigkeitsbereiches des Geschäftsherrn[285].

Den Erläuterungen *Schwartzs* wäre noch hinzuzufügen, dass die Gehilfenhaftung auch wegen der Schwierigkeiten, das Verschulden des Dienstgebers zu beweisen, gerechtfertigt sein kann. Bei großen und komplex strukturierten Unternehmen werden Opfer kaum nachweisen können, welche vorbeugenden Maßnahmen der Dienstgeber zur Vermeidung oder Einschränkung menschlichen Fehlverhaltens seitens der Beschäftigten treffen hätte können. Um wieder auf das Beispiel des Neurochirurgen, der die falsche Seite des Gehirns operiert hat[286], zurückzukommen: Sicherlich könnten von den Krankenhäusern Maßnahmen zur Vermeidung derartiger Fehler entwickelt werden, die glücklicherweise selten unterlaufen, aber dennoch vorhersehbar sind. Wir bezweifeln allerdings, dass die Klagevertreter imstande sind, solche Maßnahmen aufzuzeigen und zu beweisen, dass deren Unterlassung sorglos war. **6/148**

IV. Mängel von Sachen

Die Haftung für mangelhafte Sachen[287] ist in den USA gänzlich unbekannt. Im US-amerikanischen Schadenersatzrecht müsste als Vorfrage geklärt werden, wer wegen Planung, Konstruktion, Wartung etc dafür verantwortlich ist, dass die Sache mangelhaft ist. Dies setzt die Prüfung voraus, ob diese Person sorglos gehandelt hat. Begriffe wie »objektive Sorgfaltswidrigkeit« oder »schweres Verschulden« sind dem US-amerikanischen Recht ebenfalls fremd. **6/149**

Verschuldensunabhängige Haftung für fehlerhafte Produkte wurde in den USA in den 1960er Jahren eingeführt. Die Idee, eine Haftung für Fehlerhaftigkeit einer Ware aufzuerlegen, entstammt jedoch nicht dem Schadenersatzrecht, sondern dem Vertragsrecht. Verkäufer-Garantien erforderten, dass das Produkt für den beabsichtigten und gewöhnlichen Gebrauch geeignet ist, und die mangelnde Eignung für einen derartigen Gebrauch enttäuschte die Erwartungen des einen Kaufvertrag abschließenden Verbrauchers oder widersprach – so die Theorie – der stillschweigend erklärten Garantie, dass die Ware von durchschnittlicher Qualität und für den normalen Gebrauch geeignet sei (implied warranty of merchantability). **6/150**

---

285 *Schwartz* schlussfolgert, dass diese auf Wirtschaftlichkeitsüberlegungen basierenden Rechtfertigungen »vielversprechend, aber unvollständig sind«. *Schwartz,* 69 S. Cal. L. Rev. (1996) 1739, 1758.
286 Siehe oben 6/135.
287 Basic Questions I Rz 6/129–135.

V. Gefährlichkeit

6/151 Wir möchten wiederholen, dass Gefährlichkeit alleine noch keinen Haftungsgrund abgeben kann. Es muss die Sorglosigkeit eines Täters bewiesen werden.

6/152 Es gibt jedoch einen Bereich, in dem das US-amerikanische Recht eine verschuldensunabhängige Haftung für besonders gefährliche Tätigkeiten eingeführt hat. Ausschlaggebend dafür war das englische Urteil im Fall *Rylands v. Fletcher*[288]: Ein selbständiger Unternehmer wurde von einem Grundstückseigentümer mit dem Bau eines Reservoirs beauftragt, durch welches das benachbarte Grundstück wegen aufgelassener Grubenschächte überflutet wurde, von denen der Grundeigentümer keine Kenntnis hatte. Der Grund für die Anerkennung einer verschuldensunabhängigen Haftung für die »nicht natürliche Benützung« war schlicht Fairness: Der Beklagte brachte zu seinem Nutzen etwas auf sein Grundstück und sollte bei dessen Ausströmen daher auch den Schaden tragen, den der Nachbar dadurch erlitt.

6/153 Die verschuldensunabhängige Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten wird im heutigen US-amerikanischen Recht mit dem Abschreckungsgedanken gerechtfertigt. Die dogmatische Verbrämung im US-Recht ist ident mit jener der PETL[289], die den Bestimmungen im Third Restatement of Torts[290] nachgebildet wurde. Die Rechtfertigung wurde gegen Ende des 20. Jahrhunderts von Anhängern der ökonomischen Schule des Rechts ausgearbeitet und von Richter *Richard Posner* im Urteil zu *Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co.*[291] aufgegriffen. Die Fahrlässigkeitshaftung schafft einen angemessenen Anreiz für ungefährliches Verhalten. Sie lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf Unternehmungen anwenden, da die Gerichte Schwierigkeiten hätten, etwa darüber zu befinden, ob der Transport mit dem LKW fahrlässig war, weil die Alternative bestand, das Frachtgut mit dem Schiff zu transportieren. Um also einerseits die Zahl der gefährlichen Unternehmungen zu regulieren und andererseits Anreize zu schaffen, Unternehmungen sicherer zu machen (zB durch Entwicklung neuer Technologien oder Verlegung des Standortes), wird die verschuldensunabhängige Haftung angewendet.

6/154 Die verschuldensunabhängige Haftung (strict liability) für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten ist in den USA nur in engen Grenzen anerkannt. Die Gerichte – nicht die Geschworenen – müssen feststellen, welche Aktivitäten als außergewöhnlich gefährlich einzustufen sind. Die Anzahl der als außergewöhnlich gefährlich klassifizierten Unternehmungen ist sehr klein. Von einigen Gerichten wird

288 [1868] L.R. 3 H.L. 330.
289 *European Group on Tort Law,* Principles of European Tort Law Art 5:101.
290 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 20.
291 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990).

lediglich das Sprengen als besonders gefährlich eingestuft; in manchen Rechtsordnungen werden von Gesetzes wegen das Sprengen und das Rammen als besonders gefährlich anerkannt. Von manchen Gerichten wurden auch Sondermüllentsorgung, die Erzeugung von Kernenergie und die Aufarbeitung von radioaktivem Material als außergewöhnlich gefährlich angesehen[292].

Was die Aufteilung des Schadens auf andere betrifft, deren unerlaubtes Verhalten die Schädigung durch eine außergewöhnlich gefährliche Unternehmung ermöglicht oder fördert[293], so gewährt das US-amerikanische Recht auf die Mitverantwortung gestützte Ausgleichsansprüche. Wir glauben allerdings, dass Fälle, in denen das schuldhafte Verhalten eines Dritten mit einer außergewöhnlich gefährlichen Tätigkeit zusammentrifft, selten sind. Auch das Verschulden des Geschädigten führt nach den Regeln der Mitverantwortung (»comparative fault« oder besser »comparative responsibility«) zu einer Teil-Einwendung[294]. Während das Mitverschulden nach der Lehre von der »contributory negligence« keine Einrede bei verschuldensunabhängiger Haftung begründete, hat sich das geändert, seit anerkannt wird, dass Mitverschulden zu Schadensteilung führt. **6/155**

VI. Wirtschaftliche Tragfähigkeit

Im US-amerikanischen Recht gibt es keine vergleichbaren Regeln, die für die Haftung von Kindern und von im Notstand handelnden Personen auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit abstellen[295]. Das US-Recht misst ganz allgemein den Vermögensverhältnissen des Beklagten keine Bedeutung bei[296]. **6/156**

VII. Versicherung

So wie die Vermögensverhältnisse des Beklagten, spielt auch das Bestehen einer Haftpflichtversicherung seit jeher keine Rolle bei der Feststellung, ob der **6/157**

292 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 20 reporters note to cmt e.
293 Basic Questions I Rz 6/53–55.
294 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 1.
295 Basic Questions I Rz 6/164.
296 Die einzige uns bekannte Ausnahme ist Strafschadenersatz. Die Vermögensverhältnisse des Beklagten haben zwar keinen Einfluss auf die Haftung an sich, sind jedoch oft ein Kriterium für die Festsetzung der angemessenen Höhe des zu leistenden Ersatzes. Siehe *Dobbs,* The Law of Remedies² § 3,11(5) 331–333.

Beklagte zu haften hat und wie hoch der von ihm zu leistende Ersatz ist (in manchen Rechtsordnungen sind Strafschadenersatzversicherungen verboten)[297]. Jegliche Erwähnung einer Haftpflichtversicherung des Beklagten im Verfahren ist sogar unzulässig, da befürchtet wird, dass eine rechtlich irrelevante Tatsache die Entscheidungsfindung der Geschworenen beeinflussen könnte[298].

6/158 Beeinflusst von Theoretikern wie *James Fleming,* übernahmen in der Mitte des 20. Jahrhunderts allerdings einige Gerichte das Prinzip der »Risikoverteilung« (»loss spreading«), um eine strikte Produkthaftung zu rechtfertigen[299]. Die Idee dahinter ist, dass eine Ersatzleistung für Schäden katastrophalen Ausmaßes an das Opfer die sozialen Kosten verringert, und andere Konsumenten im Ergebnis mit den Kosten dieses Ersatzes belastet werden könnten. Die Idee stützt sich auf das Versicherungsprinzip, das allerdings vom Recht oktroyiert wurde[300]. Damit gewann der Umstand, dass der Beklagte versichert war oder hätte sein können, Bedeutung für die Einführung der strikten Produkthaftung[301].

6/159 Ein weiterer Bereich, in dem das Bestehen einer Haftpflichtversicherung eine entscheidende Rolle spielte, war die Abschaffung der Haftungsfreiheit innerhalb der Familie. Bei oberflächlicher Betrachtung mag es sinnlos erscheinen, dass ein Mitglied einer intakten Familie ein anderes Mitglied klagt. Jahrelang galt in den USA der Grundsatz der Haftungsfreiheit in der Familie, der solche Klagen (unabhängig davon, ob sie sinnvoll gewesen wären oder nicht) im Interesse des Familienfriedens unterband. In jüngerer Zeit haben jedoch viele Gerichte diese Immunität aufgehoben; Grund dafür ist, dass Haftpflichtversicherungen (für Kraftfahrzeug- oder Hauseigentümer) erhältlich sind, die auch Haftungen innerhalb der Familie abdecken. Zu §§ 829 BGB und 1310 ABGB, die das Bestehen einer Haftpflichtversicherung berücksichtigen[302], merken wir an, dass derartige Regelungen in perverser Weise Kinder und Geisteskranke dazu bringen könnten, den

297 Siehe *C. M. Sharkey,* Revisiting the Noninsurable Costs of Accidents, 64 Maryland Law Review (2005) 409, 454 and FN 224.

298 Siehe Federal Rules of Evidence (Fed. R. Evid.) 411 (»Beweise dafür, dass jemand [nicht] haftpflichtversichert war, dürfen nicht zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob diese Person schuldhaft gehandelt hat. Doch das Gericht kann diese Beweise für andere Zwecke zulassen, zB um die Befangenheit eines Zeugen oder Vollmacht, Eigentum oder Kontrolle festzustellen.«).

299 Siehe *J. Fleming, Jr.,* Products Liability, 34 Tex. L. Rev. (1956) 44. Auch *Guido Calabresi* spricht sich für eine Verlustverteilung als Mittel zur Reduktion sozialer Kosten aus. Siehe *Calabresi,* Accidents 51–54.

300 Die Anwendung des Deliktsrechts für die Verlustverteilung wurde in der Literatur heftig kritisiert. Siehe *Polinsky/Shavell,* 123 Harv. L. Rev. (2010) 1437, 1465–1469.

301 Siehe *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno,* 150 P.2d 436, 440, 441 (California 1944) *(Traynor, J.,* zustimmend) (»Die Kosten einer Verletzung und der Verlust von Zeit oder Gesundheit können ein erdrückendes Unglück für den Verletzten darstellen, und zwar ein sinnloses, da das Verletzungsrisiko vom Hersteller versichert und auf die Öffentlichkeit als Unternehmenskosten aufgeteilt werden kann.«).

302 Basic Questions I Rz 6/177.

Abschluss einer Versicherung zu vermeiden. Überdies stellen wir fest, dass sich viele große Unternehmen zur Eigenversicherung entschließen, und andere lediglich Versicherungen für Haftungen über einen bestimmten Selbstbehalt hinaus abschließen und für Beträge unter dieser Schwelle Eigenversicherung vornehmen.

VIII. Risikogemeinschaft

Wir halten es für sinnvoll, Kraftfahrzeugunfälle und Schädigungen durch Pro- **6/160**
dukte im Hinblick auf den Gedanken der Risikogemeinschaft getrennt voneinander zu behandeln. Was Produkte betrifft, so ist der Markt häufig differenziert, was dazu führt, dass einige Kunden die sicheren Produkte kaufen, während andere zur weniger sicheren Version desselben Produktes greifen. Autos sind ein hervorragendes Beispiel dafür; es gibt große Luxuslimousinen, die mit besseren Sicherheitstechnologien ausgestattet sind und einen höheren Schutz bieten als kleine sparsame Fahrzeuge. Die Vision *Widmers*[303] von der Risikogemeinschaft verwirklicht sich daher in der Praxis in vielen Märkten nicht. Zudem wird auch in Märkten mit Produkten gleich hohen Schädigungsrisikos jeder Konsument dieselbe Prämie für den Schutz vor Schäden durch Produktfehler bezahlen. Menschen mit höherem Einkommen würden jedoch einen höheren Schutz genießen als Menschen mit geringeren Einkommen, Pensionisten oder Arbeitslose. Die Schaffung einer Produktrisikogemeinschaft könnte im Ergebnis dazu führen, dass die weniger wohlhabenden Menschen die wohlhabenderen »subventionieren«. Bei privater Versicherung wäre das nicht der Fall.

Bei Kraftfahrzeugunfällen rufen die Haftpflichtversicherungen ähnliche **6/161**
Bedenken wegen Quersubventionierungen hervor: Reiche erhalten im Falle einer Verletzung mehr als Arme, zahlen jedoch keine höheren Versicherungsprämien. Haftpflichtversicherungen sind darüber hinaus – selbst im Bereich strikter Haftung – eine kostspielige Art, für den Ersatz zu sorgen[304]. Verpflichtende Eigenschadenversicherungen wären demgegenüber effizienter und außerdem genau auf die Bedürfnisse der einzelnen Versicherungsnehmer zugeschnitten, sodass ausreichende Deckung für unfallbedingten Einkommensentgang vorhanden

303 Basic Questions I Rz 6/181.

304 Haftpflichtversicherungen haben schätzungsweise drei bis fünf Mal so hohe Verwaltungskosten wie Eigenschadenversicherungen. Siehe *J. Fleming, Jr.,* Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal, 25 Vand. L. Rev. (1972) 43, 52 (die Verwaltungskosten von Haftpflichtversicherungen liegen bei 56 %, während jene von Eigenschadenversicherungen auf 18 % beschränkt sind); *G. Priest,* The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law, 96 Yale L.J. (1987) 1521, 1588 (die Verwaltungskosten von Haftpflichtversicherungen sind fünf Mal so hoch wie jene von Eigenschadenkrankenversicherungen).

wäre. Eigenschadenversicherungen sind überdies für Kraftfahrer interessant, weil bei diesen der Prävention untergeordnete Bedeutung zukommt, da fehlerhaftes Fahrverhalten nicht nur andere, sondern auch den Fahrer selbst gefährdet. Bestrebungen, verschuldensunabhängige Kraftfahrzeug-Versicherungen gesetzlich zu verankern, waren in den 1970er Jahren von mäßigem Erfolg gekrönt, sind aber in den darauffolgenden Jahren vor allem wegen des politischen Widerstandes von Verfahrensanwälten zum Erliegen gekommen[305].

IX. Umkehr der Beweislast und strengere Haftung

6/162 Wir möchten einen Punkt deutlich machen, der in den Ausführungen zur Beweislastumkehr in Basic Questions I[306] unausgesprochen enthalten ist: Die Beweislast kann nicht nur umgekehrt werden, um eine strengere Haftung zu erreichen, sondern auch um Beweise vom Beklagten zu erlangen, der andernfalls keinen Anreiz hat, die ihm zur Verfügung stehenden Beweise bezüglich des Verschuldens vorzulegen. Außerdem kann sich die Beweislastumkehr aus demselben Grund auch auf andere Elemente als das Verschulden beziehen, oder es kann als gerecht empfunden werden, das Risiko, den Beweis nicht erbringen zu können, nicht dem unschuldig Geschädigten aufzuerlegen, sondern dem schuldhaft handelnden Schädiger[307].

X. Das Zusammenspiel von Fehlverhalten und Gefährlichkeit

6/163 Wir glauben, dass sich die meisten Beobachter *Johann Neethling*[308] anschließen und zustimmen würden, dass die Verschuldenshaftung und die strikte Haftung für besonders gefährliche Tätigkeiten zwei unterschiedliche Haftungsgründe sind. Wie oben bereits dargestellt, machen außerordentlich gefährliche Unternehmungen nur einen relativ unbedeutenden Bereich im US-amerikanischen Schadenersatzrecht aus. Wir haben Schwierigkeiten, einen Zwischenbereich zwischen diesen beiden Anspruchsarten zu erkennen. Zudem neigen wir dazu, der Behauptung zu widersprechen, dass es eine Abweichung von der Verschuldenshaftung mit sich

305 Siehe *J. M. Anderson/P. Heaton/S. J. Carroll,* The U.S. Experience with No-Fault Automobile Insurance: A Retrospective (2010).
306 Basic Questions I Rz 6/184 und 186.
307 Siehe zB *Haft v. Lone Palm Hotel,* 478 P.2d 465 (California 1970).
308 *J. Neethling,* South Africa, in: B. A. Koch/H. Koziol (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002) 269 (zitiert nach Basic Questions I Rz 6/188).

bringt, wenn bei höherem Risiko größere Sorgfalt gefordert wird. Der Sorgfaltsmaßstab orientiert sich an der Vernünftigkeit (reasonableness) und wenn das Risiko höher ist, dann würde auf Grund dieses Standards der Vernünftigkeit eine höhere Sorgfalt aufgewendet werden. Die »Learned-Hand«-Formel würde – obwohl sie statisch bleibt – in ähnlicher Weise dafür sprechen, dass höhere Sorgfalt aufzuwenden ist, wenn das auftretende Risiko höher ist. Das ist Verschuldenshaftung und keine Mischform von verschuldensabhängiger und strikter Haftung, so würden jedenfalls die meisten US-Gerichte argumentieren[309].

XI. Unternehmerhaftung

Abgesehen von der Produkthaftung ist in den USA kaum eine Unternehmerhaftung gegeben[310]. Das Konzept der Haftung für ein mangelhaftes Gebäude oder ein Unternehmen ist hierzulande nicht bekannt. Tatsächlich war *Greg Keating,* ein bekannter Schadenersatzrechtler in den USA, ein Verfechter der Unternehmerhaftung und behauptete, dass wichtige Ansätze für die Unternehmerhaftung im modernen Schadenersatzrecht zu finden sind, doch ist er mit dieser Ansicht eindeutig in der Minderheit[311]. **6/164**

309 Siehe *Bethel v. New York City Transit Auth,* 703 N.E.2d 1214, 1216 (N.Y. 1998) (»Der objektive Maßstab der vernünftig handelnden Person in der traditionellen Fahrlässigkeitsdoktrin berücksichtigt notwendigerweise die Umstände, mit denen der Handelnde tatsächlich konfrontiert war, als sich der Unfall ereignete; dazu zählen auch das vernünftigerweise vorhersehbare Risiko samt Schwere des Schadens, sowie jedes spezielle Abhängigkeitsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem.«).

310 Wir widersprechen daher den Aussagen in Basic Questions I, dass in den USA eine starke Tendenz in Richtung einer »verschärften Schadenersatzpflicht von Unternehmern geht.« (Rz 6/192). In einem Artikel von *Gary Schwartz,* der in Basic Questions I zitiert wird, widerlegt er überzeugend die Behauptungen von *George Priest* bezüglich eines Ansteigens von Unternehmerhaftung. Siehe *G. T. Schwartz,* The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law, 26 Ga. L. Rev. (1992) 601. Seit *Schwartz'* Artikel ist der Rückzug der verschuldensunabhängigen Produkthaftung so stark, dass in der heutigen Produkthaftung kaum mehr verschuldensunabhängige Elemente zu finden sind. Siehe oben Rz 6/166; *G. G. Howells/M. Mildred,* Is European Products Liability More Protective than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, 65 Tennessee Law Review (1998) 985; *A. Awad,* The Concept of Defect in American and English Products Liability Discourse: Despite Strict Liability Linguistics, Negligence Is Back with a Vengeance!, 10 Pace International Law Review (1997) 275.

311 Wie *Keating* konzediert, »scheint die Theorie der Unternehmerhaftung im Restatement (Third) überhaupt nicht auf. Restatement (Third): General Principles [seither umbenannt in Liability for Physical and Emotional Harm].« *G. C. Keating,* The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability, 54 Vand. L. Rev. (2001) 1285, 1288. Weitere Unterstützung in der Literatur für die Unternehmerhaftung: *V. E. Nolan/E. Ursin,* Understanding Enterprise Liability: Rethinking Tort Reform for the Twenty-first Century (1995).

XII. Produkthaftung

6/165 Die strikte, verschuldensunabhängige Haftung für Produkte entwickelte sich in den USA in den 1960er Jahren, in einer progressiven Ära, in der die Gesellschaft stärkere Sicherheitsnetze von der Regierung forderte, um die Risiken, denen die Amerikaner im Laufe ihres Lebens ausgesetzt sind, abzufedern. Zudem entwickelte sich die Produkthaftung nicht anstelle der Verschuldenshaftung, sondern sollte jene Bereiche abdecken, in denen gar keine Haftung vorgesehen war, weil die Gerichte zögerten, einen vollen Fahrlässigkeitsmaßstab auf Warenerzeuger anzuwenden[312]. Keine Haftung – oder zumindest keine volle – spiegelte diese Ära besser wider, da Geschädigte häufig Schwierigkeiten hatten, das Verschulden des Verkäufers zu beweisen, und Garantiehaftungen auf Hindernisse stießen[313]. Der Fokus der strikten Produkthaftung lag überdies bei Produkten, die bei ihrer gewöhnlichen Verwendung in spektakulärer Weise versagten: explodierende Soda-Flaschen[314], Drehbänke mit zu schwacher Haltevorrichtung[315] und Gartenmöbel mit scharfen, versteckten Teilen, die Fingerspitzen abtrennten[316]. Zwar beruhte die eingeführte Produkthaftung zum Teil auf dem Gedanken der Risikostreuung und der Unternehmerhaftung, doch wurde auch eine Reihe von weiteren Überlegungen zur Rechtfertigung dieser Entwicklung der Produkthaftung herangezogen. Das Attribut »strikt« bei der strikten, verschuldensunabhängigen Produkthaftung wurde aus dem Kaufrecht und dessen stillschweigenden Garantien, dass die Waren von durchschnittlicher Qualität und für den normalen Gebrauch geeignet seien (warranty of merchantability), übernommen und es wurde keine die

312 Siehe zB *Sawyer v. Pine Oil Sales Co.,* 155 F.2d 855, 856 (5th Cir. 1946) (wendet das Recht Louisianas an) (kein Verschulden, wenn das Reinigungsmittel in die Augen des Klägers spritzt und bleibende Schäden verursacht; zT weil »das Reinigungsmittel nicht für den Gebrauch im Auge gedacht ist«); *Simmons v. Rhodes & Jamieson, Ltd.,* 293 P.2d 26 (California 1956), *Dalton v. Pioneer Sand & Gravel Co.,* 227 P.2d 173 (Washington 1951) (beide Fälle wurden nicht den Geschworenen zur Entscheidung vorgelegt, weil die Kläger Betonarbeiter waren, welche die ätzenden Eigenschaften von Beton kennen mussten); *Imperial v. Central Concrete, Inc.,* 146 N.Y.S.2d 307 (App. Div. 1955) (nasser Zement ist keine gefährliche Substanz), aff'd, 142 N.E.2d 209 (N.Y. 1957) 151 A.2d 731 (1959) (die Gefahren von nassem Zement sind Zementarbeitern bekannt); *Frank v. Crescent Truck Co.,* 244 F.2d 101 (3d Cir. 1957) (in Anwendung des Rechts New Jerseys) (ungewöhnliche Verwendung und keine Kausalität bei einem Gabelstaplerfahrer, der seinen Fuß nicht auf der Plattform hielt, weil diese angeblich zu eng war, sodass der Fuß gegen eine Wand gequetscht wurde); siehe allgemein *D. Noel,* Manufacturer's Negligence of Design or Directions for Use of a Product, 71 Yale L.J. (1961) 816.

313 Siehe *M. D. Green,* The Unappreciated Congruity of the Second and Third Restatements on Design Defects, 74 Brooklyn Law Review (2009) 807, 815 (»die meisten Rechtswissenschaftler hatten Bedenken wegen Haftungsbeschränkungen wie Vertragsverhältnis und anderen Beschränkungen des Garantierechts«).

314 Siehe *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno,* 150 P.2d 436 (California 1944).

315 Siehe *Greenman v. Yuba Power Prod., Inc.,* 377 P.2d 897 (California 1963).

316 Siehe *Matthews v. Lawnlite Co.,* 88 So.2d 299 (Florida 1956).

strikte Haftung rechtfertigende deliktsrechtliche Doktrin (tort doctrine) herangezogen.

Wenngleich die Gerichte damit liebäugelten, etwas »Striktes« zu finden, das auf Konstruktionsfehler und Informationsmängel angewendet werden konnte, wird im heutigen US-amerikanischen Recht weitgehend der Fahrlässigkeitsmaßstab herangezogen, um festzustellen, ob ein solcher Fehler vorliegt[317]. Zwar besteht eine verschuldensunabhängige Haftung für Produktionsfehler und Produkte, die besonders schwerwiegende Sicherheitsmängel bei ihrer gewöhnlichen Verwendung aufweisen, doch ließen sich beide Bereiche auch damit rechtfertigen, dass Geschädigte Schwierigkeiten haben, das Vorliegen von Verschulden zu beweisen. **6/166**

XIII. Mitverantwortung des Geschädigten

Die USA gehören zu jenen Ländern, welche die in Basic Questions I getroffene Feststellung, die Mitverschuldensregeln seien »Gemeingut beinahe aller Rechtsordnungen geworden«[318], untermauern. Wir sollten hinzufügen, dass in den meisten Staaten der USA, in denen die Mitverschuldensregeln gelten, diese in modifizierter Form zur Anwendung gelangen: Liegt das Verschulden des Geschädigten bei über 50 %, verliert er seinen Ersatzanspruch zur Gänze[319]. **6/167**

Wir sind skeptisch gegenüber der Behauptung, die man häufig von Anhängern der ökonomischen Analyse des Rechts hört und die auch in Basic Questions I vertreten wird, nämlich dass die Mitverantwortung des Geschädigten der Prävention dient[320]. Demnach muss das Schadenersatzrecht möglichen Schadensop- **6/168**

317 Der Höhepunkt war *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.,* 90 447 A.2d 539 (New Jersey 1982). Der New Jersey Supreme Court erklärte die Behauptung der Beklagten, dass die Gefahren von Asbest im Zeitpunkt der Herstellung der Produkte nicht vorhersehbar gewesen waren, für irrelevant. Die Vorhersehbarkeit von Gefahren sei, so der Gerichtshof, ohne Bedeutung für die verschuldensunabhängige Produkthaftung. 18 Monate später, im Fall *Feldman v. Lederle Labs,* 479 A.2d 374 (New Jersey 1984), schwenkte der Gerichtshof um und akzeptierte die Einrede des Herstellers eines Arzneimittelwirkstoffes, dass zum Zeitpunkt der Einnahme des Medikaments durch den Geschädigten die Risiken des Wirkstoffes nicht bekannt gewesen waren. Im Third Restatement ist nun vorgesehen, dass bei Hinweis- und Designfehlern die Gefahren vorhersehbar (und vom Geschädigten bewiesen) sein müssen. Siehe Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998) § 2(b)-(c).

318 Basic Questions I Rz 6/204. Obwohl die Mitverschuldenshaftung weitestgehend vorherrschend ist, wird derzeit in fünf Staaten noch immer die »contributory negligence« herangezogen, bei der es zu einem gänzlichen Ausschluss des Ersatzes kommen kann. Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 7 reporters note to cmt a.

319 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 7 reporters note to cmt a.

320 Basic Questions I Rz 6/204.

fern Anreize bieten, riskantes Verhalten, das sie selbst schädigen könnte, gar nicht erst zu setzen. Wie wir oben dargelegt haben, gibt es insbesondere im Hinblick auf Personenverletzungen bereits beträchtliche Anreize, so zu handeln, dass einem selbst kein Schaden entsteht[321]. Besonders in jenen Fällen, in denen jemandem aus vorübergehender Unachtsamkeit ein Fehler unterläuft – eine typische menschliche Eigenschaft, der auch das Gesetz nicht Herr werden kann –, finden wir eher, dass die volle Haftung des schuldhaften Schädigers, insbesondere wenn es sich um ein Unternehmen handelt, eine viel größere präventive Wirkung hat, als dem Geschädigten einen Teil der Schadenstragung aufzuerlegen. Wir finden daher, dass die Herabsetzung der Entschädigung wegen Mitverantwortlichkeit des Geschädigten mit Fairness und dem Gedanken zu tun hat, dass dann, wenn zwei Personen durch ihr schuldhaftes Verhalten einen Schaden herbeigeführt haben, diese dafür anteilsmäßig einstehen sollten und die Haftung nicht zur Gänze einem Einzelnen auferlegt werden soll.

6/169 Wir sind ein wenig verwirrt wegen der in Basic Questions I dargestellten Anwendung des Verantwortlichkeitsprinzips bei Mitverschulden des Geschädigten[322]. In Basic Questions I wird behauptet, dass nur jenes Verhalten des Geschädigten, das ihn bei Schädigung eines Dritten haftbar gemacht hätte, Mitverantwortung begründe[323]. Häufig gefährdet jedoch das Verhalten des Geschädigten, das ein Mitverschulden bildet, nur den Geschädigten selbst, nicht auch Dritte. Ein Hauseigentümer beispielsweise, der unachtsam eine Leiter hinaufklettert, gefährdet nur sich selbst. Wenn die Schadensteilung auf jene Fälle beschränkt wäre, in denen das sorglose Handeln des Geschädigten *auch* Dritte gefährdet, wäre dies bei Weitem restriktiver als die Praxis in den USA. Sicherlich kann ein schuldhaftes Verhalten sowohl den Handelnden selbst als auch Dritte gefährden – so zB das unaufmerksame Lenken eines Fahrzeuges –, und in diesen Fällen ist es auch gerechtfertigt, dass der Handelnde einen größeren Mitverschuldensanteil zu tragen hat[324].

6/170 Noch verwirrender ist die Differenzierungsthese[325], für die es kein Pendant im US-amerikanischen Recht gibt. Wenn wir sie richtig verstehen, scheint sie unsinnigerweise zu verlangen, dass der Kläger, weil er stets ursächlich sei, jedenfalls einen Teil der Haftung zu tragen habe, selbst wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat. Das Verhalten eines Schädigers, das nicht unerlaubt ist, führt nicht zu dessen Haftung, und wir verstehen nicht, warum dies für Geschädigte anders sein sollte. Ja, es stimmt, dass das Schadenersatzrecht eine Überwälzung von Schäden ablehnt, wenn diese nicht unerlaubt verursacht wurden. Aber es sieht dies nicht

321 Siehe oben Rz 6/20.
322 Basic Questions I Rz 2/204; 6/206.
323 An anderer Stelle wird in Basic Questions I gemeint, dass die Mitverschuldenshaftung Verhalten umfasst, das bloß den Handelnden selbst gefährdet. Rz 6/216.
324 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 3 cmt a.
325 Basic Questions I Rz 6/209.

deshalb vor, damit der Geschädigte den Schaden zu tragen hat, sondern weil es keine Rechtfertigung dafür gibt, den Schaden jemand anderem aufzubürden[326]. Das Schadenersatzrecht sagt nichts darüber aus, ob der Geschädigte aus anderen Quellen Entschädigung erlangen kann, zB von Berufsunfähigkeits- oder Krankenversicherungen, was zu einer Schadensüberwälzung führen könnte.

Wir stimmen zu, dass ein Verhalten, das *ausschließlich* den Handelnden selbst gefährdet, keine unerlaubte Handlung darstellt und nicht schuldhaft ist[327]. Die Freiheit in eigenen Angelegenheiten rechtfertigt eine solche Beurteilung. Wenn aber ein solches lediglich selbstgefährdendes Verhalten mit dem schädigenden Verhalten eines anderen zusammentrifft, dann kann der andere aus guten Gründen fordern, dass das Verhalten des Geschädigten bei der Festlegung der Haftung ebenfalls berücksichtigt wird – aus Gründen der Fairness und, wenn es nach den Vertretern der ökonomischen Schule des Rechts geht, der Prävention[328]. Unter im Übrigen gleichen Umständen, sollte ein Verhalten, das bloß einen selbst gefährdet, als weniger schwerwiegend beurteilt werden, als ein Verhalten, das Dritte gefährdet. Nichtsdestoweniger sind die Argumente im US-amerikanischen Recht erheblich anders als jene, die in Basic Questions I zum österreichischen und deutschen Recht dargestellt werden[329]. Angenommen, das Verhalten eines Geschädigten überschreitet die Grenze zur sorgfaltswidrigen Gefährdung (und angenommen, er gefährdet bloß sich selbst), dann würde sich das geringere Verschulden des Geschädigten bei der Aufteilung nach dem Verschuldensgrad (und somit der Verantwortlichkeit für den Schaden) zu Gunsten des Geschädigten niederschlagen und, damit einhergehend, in einem höheren Verschuldensanteil (und damit Haftung) des Beklagten. **6/171**

Vor der Einführung der Schadensteilung aufgrund der Mitverantwortlichkeit des Geschädigten wurde das Verhalten des Geschädigten in Bezug auf dessen Sorgfaltswidrigkeit wesentlich milder beurteilt. Dieser unterschiedliche Maßstab war aufgrund der Unbilligkeit des Grundsatzes der »contributory negligence« gerechtfertigt, der die Schadenstragung zur Gänze einer der beiden schuldhaft handelnden Personen auferlegt hatte. Mit der Entwicklung des Mitverantwortungsprinzips wurde dieser Grundsatz durch die neue Regel ersetzt, dass das Verschulden des Geschädigten nach demselben Maßstab beurteilt werden soll, wie **6/172**

326 Dem Gedanken einer »allgemeinen Regel für die Risikotragung durch den Geschädigten« können wir daher nichts abgewinnen. Basic Questions I Rz 6/213. Wir würden eher formulieren: es gibt eine »Regel, nach der es nur dann zur Haftung kommt, wenn der Schädiger alle Elemente deliktsrechtlicher Haftung erfüllt«.

327 Angemerkt sei, dass ein Verhalten, das ein Schädigungsrisiko für einen selbst darstellt, häufig auch ein Risiko für andere bildet.

328 Unsere Skepsis gegenüber der Möglichkeit von Prävention selbstgefährdenden Verhaltens haben wir weiter oben bereits zum Ausdruck gebracht, siehe Rz 6/168.

329 Basic Questions I Rz 6/218.

das Verschulden des Schädigers[330]. Auch andere begünstigende Lehren, wie jene von der letzten Gelegenheit (last clear chance), nach der ein Verschulden des Geschädigten verneint wurde, wenn der Schädiger die letzte Gelegenheit hatte, den Schadenseintritt abzuwenden, wurden aufgegeben[331].

330 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 3 cmt a.

331 Siehe Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability (2000) § 3.

Teil 7 Begrenzungen der Zurechnung

I. »Proximate cause« oder Haftungsumfang

Aus Sicht der USA stimmen wir voll und ganz zu, dass es im Schadenersatzrecht zusätzlicher zurechnungsbegrenzender Elemente bedarf, und zwar wegen des Haftungsumfangs, zu dem die Anwendung der reinen conditio sine qua non-Formel führen würde. Wir pflichten auch bei, dass es sich bei diesen Eingrenzungen im Unterschied zur natürlichen Kausalität um rechtliche Wertungen handelt. Und wir bekennen uns namens des überlieferten US tort law schuldig dafür, dass durch die Verwendung des Begriffs »rechtliche Kausalität« als Oberbegriff sowohl für die tatsächliche Verursachung als auch für die Zurechnungsbegrenzung Verwirrung entstand[332]. Mit der gebräuchlichen Bezeichnung *»proximate cause«,* die abwechselnd sowohl für Kausalität als auch Haftungsbegrenzung, nur für die natürliche Kausalität, oder nur für die Begrenzung der Zurechnung verwendet wird, wurde im US-amerikanischen Schadenersatzrecht tatsächlich erhebliche Verwirrung gestiftet[333]. Die Verwirrung ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass derselbe Ausdruck zur Bezeichnung unterschiedlicher Dinge verwendet wird, sondern auch auf das Versäumnis, klar zu unterscheiden zwischen der weitgehend objektiven Feststellung der natürlichen Kausalität und der rechtlichen Wertung, wie weit die Haftung des Schädigers reichen soll[334]. **6/173**

Hoffnungsvoll können wir berichten, dass im Third Restatement versucht wird, diese Begriffsverwirrung zu bereinigen. Wie in den PETL wird auch im Restatement bewusst zwischen der tatsächlichen Verursachung und den Zurechnungsgrenzen unterschieden[335]. Außerdem wird eine gänzlich neue Terminologie **6/174**

332 In den ersten beiden Restatements of Torts wurde der Begriff »legal cause« verwendet; vorausgesetzt war, dass »das schuldhafte Verhalten des Täters eine rechtliche Ursache des Schadens des Dritten ist.« Restatement (Second) of Torts (1965) § 430; Restatement of Torts (1934) § 430. Diese Terminologie war jedoch nicht besonders beliebt; stattdessen wurde häufig der Ausdruck »proximate cause« verwendet, der sowohl »tatsächliche Verursachung« als auch »Haftungsbeschränkung« bezeichnen konnte. Siehe *Dobbs,* The Law of Torts § 167, S. 408 (»Gerichte fassen beides gerne unter dem Begriff ›proximate cause‹ zusammen«).

333 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 26 cmt a.

334 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 29 cmt g; siehe auch *Eldredge,* 86 U. Pa. L. Rev. (1937) 121, 123 (»Viel zu häufig verschleiert die in den Urteilsbegründungen verwendete Terminologie das eigentliche Problem, indem zwei voneinander zu trennende Fragen in einem behandelt werden …«).

335 Vergleiche das Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) §§ 26–36 (behandelt »factual cause« und »scope of liability« in getrennten Kapiteln) mit PETL

eingeführt: statt »legal cause« und »proximate cause« werden »factual cause« und »scope of liability« verwendet, um die beiden Elemente zu benennen. Man wird sehen, ob sich diese Terminologie durchsetzen kann[336].

6/175 Schließlich haben wir auch eine Anomalie betreffend die Haftungsbegrenzung im US-amerikanischen Recht zu erläutern. In Basic Questions I wird die traditionelle Sichtweise dargestellt, dass dann, wenn einmal ein pflichtwidriges, schuldhaftes Verhalten vorliegt, das Verschulden sich »nicht auch auf die weiteren Folgen« zu beziehen braucht[337]. Im wahrscheinlich berühmtesten US-Schadenersatz-Fall aller Zeiten, *Palsgraf v. Long Island Railroad Co*[338], bestand Richter *Cardozo* darauf, dass sich die Pflicht und die Fahrlässigkeit nur auf jene Schäden erstrecken, die im Zeitpunkt der schuldhaften Handlung vorhersehbar waren. »[N]egligence in the air, so to speak, will not do.«[339] Die beklagte Eisenbahngesellschaft haftete daher nicht für die Schäden der Klägerin, die in einiger Entfernung von den Gleisen auf dem Bahnsteig stand. Zwei Angestellte der Gesellschaft halfen einem Passagier, der es eilig hatte, in einen Zug zu steigen. Dabei ließ der Passagier ein kleines Paket fallen, in dem sich in Zeitungspapier eingewickelte Feuerwerkskörper befanden. Diese explodierten, als das Paket auf dem Boden aufschlug. Die Klägerin wurde verletzt, als die Druckwellen der Explosion eine Waage am anderen Ende des Bahnsteigs umwarfen und diese auf die Klägerin fiel.

6/176 *Cardozo* nahm an, dass zwar die Gefährdung des in den Zug einsteigenden Passagiers oder vielleicht auch anderer Personen in unmittelbarer Nähe des Geschehens eine Sorgfaltspflichtverletzung der Eisenbahnangestellten diesen gegenüber begründen könnte, jedoch das Verhalten der Angestellten gegenüber der Klägerin kein Unrecht darstellt. *Cardozo* erklärte, dass in diesem Fall keine Frage der Kausalität (»remote or proximate«[340]) zu beantworten wäre, weil schon keine Pflicht gegenüber der Klägerin bestanden hätte. Nach *Cardozos* damaligem Verständnis stellen Pflichten auf eine Beziehung und nicht auf das Verhalten ab.

6/177 Zwei Aspekte des *Palsgraf-Urteils* sind von besonderer Bedeutung. Erstens, was davor als eine Frage der Haftungsbegrenzung angesehen wurde, nämlich die Vorhersehbarkeit, wurde nunmehr zur Frage der Pflichtverletzung – welche Personen waren im Zeitpunkt der schädigenden Handlung erkennbar gefährdet? Die Vorhersehbarkeit ist selbstverständlich ein Kriterium, das üblicherweise zur

---

Art 3:101–201 (behandelt diese beiden Elemente in getrennten Abschnitten, aber im selben Kapitel).

336 Die Verwendung des Begriffes »scope of liability« durch den Iowa Supreme Court im Urteil *Thompson v. Kaczinski,* 774 N.W.2d 829 (Iowa 2009), sogar noch vor der endgültigen Veröffentlichung des Third Restatement, gibt Grund zur Hoffnung.

337 Basic Questions I Rz 7/3.

338 162 N.E. 99 (N.Y. 1928).

339 162 N.E. 99 (N.Y. 1928) (zitiert *F. Pollock,* Torts[11] [1920] 455).

340 162 N.E. 99, 101 (N.Y. 1928).

Haftungsbegrenzung herangezogen wird. Die praktische Bedeutung dieses Richtungswechsels in der US-amerikanischen Rechtsprechung liegt darin, dass nicht mehr die Geschworenen über die Haftungsgrenzen entscheiden müssen (insofern dies als Tatsachenfeststellung angesehen wurde[341], die den Geschworenen obliegt), sondern die Gerichte, von denen die Frage der Pflichtverletzung als Rechtsfrage behandelt wird.

Richter *Andrews* teilte in diesem Fall die Auffassung *Cardozos* jedoch nicht; seiner Ansicht nach führen Handlungen, die ein Risiko schaffen, zu Pflichten, und diese Pflichten bestehen gegenüber »jedermann«[342]. Dieses weite Verständnis der Pflicht überlässt die Frage, wie weit die Haftung reicht, der Haftungsbegrenzung (damals »proximate cause«). **6/178**

Viele Beobachter in den USA glauben heute, dass der Einfluss des *Palsgraf-Urteils* geschwunden ist und es, obwohl es ein wichtiges historisches Ereignis ist, nun kaum mehr Bedeutung hat. Ein jüngst erschienener Artikel schätzt *Palsgraf* höher ein, als diese Beobachter zugeben wollen. Der Autor des Artikels schreibt: »Was die dogmatische Heimat der Vorhersehbarkeit anlangt, so hat *Cardozo* unzweifelhaft die Oberhand behalten (…) eine klare Mehrheit der Gerichte hält fest, dass die Vorhersehbarkeit ihre passende Heimstätte bei den Sorgfaltspflichten findet (…)«[343]. **6/179**

II. »Unterbrechung des Kausalzusammenhangs«

Persönlich stimmen wir rückhaltlos überein mit der in Basic Questions I dargelegten Einschätzung des häufig geäußerten Gedankens, dass die dazwischentretende Handlung eines Dritten die Kausalkette zwischen der unerlaubten Handlung des Beklagten und dem Schaden des Klägers unterbricht[344]. Wir müssen jedoch berichten, dass sich diese Ausdrucksweise häufig als Analyse getarnt auch in Urteilen US-amerikanischer Gerichte findet. Wie in Basic Questions I korrekt dargelegt wird, hat diese Idee der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nichts mit der natürlichen Kausalität zu tun, sondern sie betrifft die Haftungsbegrenzung. Die **6/180**

---

341 Die Haftungsbegrenzung ist natürlich keine faktische Angelegenheit, sondern erfordert eine normative Beurteilung, wie weit sich die Haftung erstrecken soll, auch wenn der rechtliche Maßstab die Grenzen vorgibt. Da der Sachverhalt, der für diese Beurteilung notwendig ist, von Fall zu Fall unterschiedlich ist, wurde die Entscheidung über dieses Element den Geschworenen übertragen, während die Feststellung der Pflichtverletzung Aufgabe des Gerichts ist.

342 162 N.E. 99, 105 (N.Y. 1928).

343 *W.J. Cardi,* The Hidden Legacy of Palsgraf: Modern Duty Law in Microcosm, 91 Boston University Law Review (2011) 1873, 1913.

344 Basic Questions I Rz 7/6.

Bedeutung der dazwischentretenden Handlung sollte demnach als das bezeichnet und untersucht werden, was sie wirklich ist, nämlich als Lehre von der Haftungsbegrenzung, statt die metaphysische Schau einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zur Hilfe zu rufen[345].

III. Richtlinien der Haftungsbegrenzung

6/181 Die in Basic Questions I dargestellte Adäquanztheorie können wir nicht beurteilen[346]. Das mag daran liegen, dass wir mit dieser Theorie nicht vertraut sind, oder daran, dass es so viele Spielarten davon gibt, dass eine konkrete Erklärung, worum es dabei geht, unmöglich ist und wir daher nicht in der Lage sind, sie zu verstehen. Dass entfernte Schäden ausgeschlossen werden, weil sie nicht vom Handelnden beherrscht werden können, überzeugt das US-Empfindungsvermögen nicht. Eine Person, die eine gefährliche Schusswaffe nicht angemessen verwahrt, verliert die Herrschaft über die Waffe dann, wenn eine andere Person auf Grund der fehlenden Sicherheitsvorkehrungen die Waffe in Besitz nimmt; aber dieser Verlust der Beherrschbarkeit wäre kein anerkannter Grund für den Ausschluss der Haftung des Eigentümers der Waffe. Auch das Präventionsargument vermag nicht zu überzeugen. Der Präventionsgedanke würde für eine Haftung sprechen, wenn der Täter durch sein schuldhaftes Handeln ein vorhersehbares Risiko schafft, jedoch ein anderer, nicht vorhersehbarer Schaden eintritt. Ja, eine umfassende Umsetzung des Präventionsgedankens würde das Bedürfnis für jegliche Haftungsbegrenzung beseitigen, da dann, wenn dem Täter vorzuwerfen ist, ein besonders hohes Risiko geschaffen zu haben, die Haftung angemessen ist, ohne Rücksicht auf den Zusammenhang mit dem eintretenden Schaden[347].

6/182 Wir glauben, dass die in Basic Questions I dargestellte Lehre vom Schutzzweck der Norm[348] der US-amerikanischen »harm-within-the-risk«-Regel entspricht. Diese »HWR«-Regel, die herangezogen wird, um die Haftung zu beschränken, ist eine von vielen bestehenden Regeln, die heute in der US-Rechtsprechung angewendet werden[349]. Sie stellt darauf ab, ob das Risiko, das zum Schaden des Klägers geführt hat, eines von jenen Risken ist, die Grundlage für die Anerkennung

345 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability For Physical and Emotional Harm (2010) § 34 und cmt b.

346 Basic Questions I Rz 7/7–14.

347 Siehe *S. Shavell,* Economic Analysis of Accident Law (1987) 113. *Posner* und *Landes* rechtfertigen Bestimmungen zur Beschränkung der Haftung unter Hinweis auf den Verwaltungsaufwand. Siehe *Landes/Posner,* Economic Structure 246–248.

348 Basic Questions I Rz 7/15–21.

349 Siehe *J. A. Page,* Torts: Proximate Cause (2003).

der Haftung des Beklagten waren[350]. Diese Begrenzungsregel kann bei der Verschuldenshaftung und bei der verschuldensunabhängigen Haftung angewendet werden, da sie auf die geschaffenen Risiken abstellt, nicht auf ein schuldhaftes Verhalten. Wenn also bei Lagerung von Dynamit eine verschuldensunabhängige Haftung eingreift, wäre der Lagerhalter nicht haftbar für Schäden, die deshalb entstehen, weil eine Packung Dynamit auf den Fuß eines Dritten fällt und diesem eine Zehe bricht. Das Fallen von Dynamit auf eine Person ist kein Risiko, das bei der Rechtfertigung der Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung dessen, der Dynamit lagert, maßgebend war.

Anders formuliert wird diese Regel auch angewendet, um die Haftung für Schäden aufgrund von Verletzungen gesetzlicher Sicherheitsvorschriften zu begrenzen. Um eine Haftung auszulösen, muss daher der Nachteil zu jenen Schäden gehören, zu deren Verhinderung die Vorschrift erlassen wurde, und der Geschädigte muss jenem Personenkreises angehören, der von der Bestimmung geschützt werden sollte[351]. Die Anwendung im Zusammenhang mit spezifischen Sicherheitsbestimmungen ist deutlich leichter, weil diese einen engeren Fokus haben als das Delikt »negligence«, das potentiell jegliches Verhalten erfasst, das andere gefährdet. **6/183**

IV. Rechtmäßiges Alternativverhalten: Kausalität oder Haftungsbegrenzung?

Das Beispiel des Pkw-Fahrers, der den Radfahrer überholte und überfuhr[352], kann unseres Erachtens problemlos als ein Fall tatsächlicher Verursachung gelöst werden. Auf auf die für die Feststellung der natürlichen Kausalität zu stellende Frage »Wäre das Ergebnis ohne das unerlaubte Verhalten[353] anders gewesen?« wäre die Antwort schlichtweg: »Nein«. Da das unerlaubte Verhalten darin bestand, dass der Pkw-Fahrer einen zu geringen Seitenabstand einhielt, jedoch der Schaden selbst bei ausreichendem Abstand eingetreten wäre, ist die unerlaubte Handlung des Fahrers keine faktische Ursache des Schadens. Der Fahrer ist daher nicht haftbar, weil es an der faktischen Kausalität fehlt – der Unfall hätte sich auf jeden Fall ereignet. **6/184**

350 Siehe Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 29.
351 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 14.
352 Basic Questions I Rz 7/22.
353 Wir sollten dazu sagen, dass es das schädigende Verhalten, nicht das gesamte Verhalten des Schädigers ist, das man sich wegdenken muss. »Das schädigende Verhalten muss den Schaden tatsächlich verursacht haben, um die Haftung auszulösen.« Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 26.

In dem in Basic Questions I angeführten Fall der Einwilligung ohne zureichende Aufklärung des Patienten durch den Arzt[354] wäre das Ergebnis dasselbe.

6/185 Es stimmt zwar, wie in Basic Questions I dargelegt[355], dass in beiden Beispielen sowie ganz allgemein bei dieser Art von Sachverhalten das andere Ereignis rein hypothetisch ist und nicht stattfand, doch ist dies unseres Erachtens bedeutungslos. Zur Feststellung der tatsächlichen Verursachung muss stets die hypothetische Prüfung durchgeführt werden: »Was hätte sich ereignet, wenn der Täter das unerlaubte Verhalten nicht gesetzt hätte?«[356] Der Umstand, dass das alternative Ereignis, das den Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte, bloß hypothetisch ist, ist lediglich eine Folge der Erfordernisse der Kausalitätsprüfung und keine Einwendung gegen die Feststellung der fehlenden Kausalität. Das US-amerikanische Recht und die Lehre teilen daher die in Basic Questions I erwähnte »ganz überwiegende« Auffassung[357]. US-Anwälte hätten jedenfalls Schwierigkeiten, die »wohl noch immer herrschende Auffassung«[358] zu verstehen.

6/186 Was die in Basic Questions I erhobenen Bedenken bezüglich der Präventionswirkung im Fall der mangelhaften Aufklärung des Patienten betrifft, so gibt es einen alternativen und theoretisch befriedigenderen Lösungsansatz als die Anerkennung der Haftung des Arztes für Schäden, die dieser nicht verursacht hat. Wessen nämlich der Arzt die Patientin beraubt hat, war – wie in Basic Questions I dargelegt – die Möglichkeit der Selbstbestimmung durch eine auf ausreichenden Informationen beruhende Entscheidung, ob dem ärztlichen Eingriff zugestimmt werden sollte[359]. Wenn Gerichte diese Interessenbeeinträchtigung als ersatzfähigen Schaden anerkennen, dann könnte eine Haftung auferlegt werden, die auf den tatsächlich verursachten Schaden abstellt, und nicht auf den Schaden, der gar nicht verursacht wurde[360].

6/187 Nach Ansicht der Autoren dieses Berichts besteht kein Grund für eine Teilhaftungslösung in den Fällen rechtmäßigen Alternativverhaltens. Es ist ein Grundprinzip des Schadenersatzrechts, dass Schädiger nicht für Schäden haften, die sie nicht verursacht haben. In den Fällen des rechtmäßigen Alternativverhaltens geht

354 Siehe *Rinaldo v. McGovern,* 587 N.E.2d 264 (New York 1991) (das Versäumnis des Golfspielers, »fore« vor einem Schlag zu rufen, ist keine Schadensursache bezüglich des vom Golfball getroffenen Opfers, da eine Warnung »so gut wie zwecklos gewesen wäre«); *Tollison v. State of Washington,* 950 P.2d 461 (Washington 1998) (Adoptionsagentur haftet nicht für Unterlassen gesetzlich gebotener Information über mögliches Adoptivkind, da die Adoptiveltern zugegeben haben, dass sie die Adoption auch bei ausreichender Information durchgeführt hätten).

355 Basic Questions I Rz 7/23.

356 Siehe *D. W. Robertson,* The Common Sense of Cause in Fact, 75 Tex. L. Rev. (1997) 1765, 1769–1771.

357 Basic Questions I Rz 7/25.

358 Basic Questions I Rz 7/26.

359 Basic Questions I Rz 7/33.

360 Siehe *A. D. Twerski/N. B. Cohen,* Informed Decision Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation, University of Illinois Law Review (1988) 607.

es bloß um eine andere Art, die tatsächliche Verursachung herauszufinden, und dies rechtfertigt nicht das Abgehen von diesem Grundprinzip.

V. Dazwischentreten einer fremden Willensbetätigung

Im US-amerikanischen Schadenersatzrecht gibt es so manche Regel, die eine Befreiung des Schädigers von der Haftung vorsieht, wenn eine dazwischentretende vorsätzliche Handlung eines Dritten ebenfalls ursächlich für den Schaden ist. Viele Regeln beruhen auf Schlussfolgerungen aus Theorien wie »überholender Kausalität« und der »Unterbrechung des Kausalzusammenhangs«. Eine Bestimmung im Second Restatement of Torts wird von Gerichten ebenfalls häufig herangezogen und zitiert: **6/188**

Es besteht keine Verpflichtung, das Verhalten eines Dritten zu überwachen, um zu verhindern, dass er einem anderen eine Körperverletzung zufügt, es sei denn, **6/189**

(a) es besteht zwischen dem Täter und dem Drittem eine besondere Beziehung, die den Täter verpflichtet, das Verhalten dieses Dritten zu überwachen, oder
(b) es besteht eine besondere Beziehung zwischen dem Täter und dem anderen, die dem anderen ein Recht auf Schutz einräumt[361].

Gerichte, die sich auf diese Bestimmung stützen, übersehen dabei jedoch, dass sie sich auf positive Pflichten bezieht, also die Verpflichtungen, jemanden vor Gefährdung durch einen Dritten zu schützen, und die Bestimmung nicht Sachverhalte betrifft, in denen ein unerlaubt Handelnder zur Gefährdung des Opfers beigetragen hat. Das Third Restatement of Torts versucht, diese falsche Anwendung des Abschnitts 315 richtigzustellen: »Dem Verhalten eines Beklagten kann es an der gebotenen Sorgfalt dann fehlen, wenn es vorhersehbar mit dem ungehörigen Verhalten des Klägers oder eines Dritten zusammenwirkt oder dieses ermöglicht«[362]. **6/190**

Wir können daher der in Basic Questions I geschilderten Argumentation, wonach wegen des selbständigen Entschlusses eines Dritten, der zum Schaden führt, keine Haftung aufzuerlegen ist[363], nicht viel abgewinnen. Erstens hat das unerlaubte Verhalten des Beklagten ungeachtet des selbständigen Entschlusses des Dritten ebenfalls den Schaden herbeigeführt. Zweitens können wir aus Gründen der Gerechtigkeit nicht verstehen, warum jemand, der eine Waffe fahrlässig einer **6/191**

361 Restatement (Second) of Torts (1965) § 315.
362 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 19.
363 Basic Questions I Rz 7/35.

ungeeigneten Person überlässt, die dann unter ungeeigneten Umständen damit schießt, von der Haftung befreit werden soll, sodass der Geschädigte den Schaden zu tragen hat.

6/192 Wir pflichten daher den Ausführungen in Basic Questions I bei, dass der »Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm« zu berücksichtigen ist[364]. Wenn der Grund, aus dem das Verhalten des Waffenbesitzers im oben genannten Fall als fahrlässig qualifiziert wird, im Risiko liegt, dass eine ungeeignete Person die Waffe in gefährdender Weise verwenden würde, so schiene es abwegig, den Waffenbesitzer von der Haftung zu befreien, wenn genau dies geschieht. Das Third Restatement spiegelt in seinen Ausführungen zum Haftungsumfang diese Ansicht wider: Wenn selbständige Handlungen ebenfalls schadenskausal sind, so »ist die Haftung des Täters auf jene Schäden begrenzt, die Folge jener Gefährdungen sind, die das Verhalten des Täters unerlaubt machen«[365]. Das Restatement stellt auch fest, dass auf Grund der verbesserten Möglichkeit zur Schadensteilung – zB bei Mitverschulden – die Alles-oder-Nichts-Lösungen durch Haftungsbefreiung, die früher wichtig waren, nur mehr eingeschränkt erforderlich sind. Außerdem wird im Third Restatement festgehalten, dass die Zurechnungsregel bei Dazwischentreten fremder Handlungen mit der allgemeinen Zurechnungsregel übereinstimmt – womit sich zeigt, dass das Dazwischentreten einer Handlung eines Dritten keine wirklichen Besonderheiten aufweist[366].

VI. Haftungshöchstbeträge

6/193 Für die strikte (verschuldensunabhängige) Haftung sieht das US-amerikanische Recht keine Höchstbeträge vor. Argumente für die Einführung von Obergrenzen, die sich auf ähnliche Gründe stützen wie jene, die in Basic Questions I angeführt sind[367], werden von Theoretikern vorgebracht, die auf die Obergrenzen bei der verschuldensunabhängigen Arbeitsunfallversicherung verweisen[368]. Die US-Gerichte sind – vermutlich im Hinblick auf die den common-law-Gerichten gesetzten Grenzen – diesen Argumenten bislang nicht gefolgt.

364 Basic Questions I Rz 7/37.

365 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 34.

366 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010) § 34.

367 Basic Questions I Rz 7/41.

368 Siehe *V. E. Nolan/E. Ursin,* An Enterprise (No-fault) Liability Suitable for Judicial Adoption – with a »Draft Judicial Opinion,« 41 San Diego Law Review (2004) 1211, 1226 f. Andere, welche die Verlustverteilung und die Unternehmerhaftung befürworteten, brachten vor, dass der Ersatz bei dieser expansiveren Form der Haftung nicht so großzügig sein sollte. Siehe zB *J. Fleming, Jr.,* Damages in Accident Cases, 41 Cornell Law Quarterly (1956) 582.

Bemühungen des Gesetzgebers um eine Reform des Schadenersatzrechts in den USA führten allerdings zu Beschränkungen bei den zu leistenden Entschädigungen. Diese Gesetzgebung bezieht sich nicht auf die theoretischen Argumente für eine beschränkte Haftung im Austausch gegen geringere Haftungsvoraussetzungen, sondern zielt ganz pragmatisch darauf ab, die Haftung in jenen Bereichen zu beschränken, in denen Probleme bezüglich der Kosten der Haftpflichtversicherung wahrnehmbar sind. Am häufigsten kommen gesetzliche Regelungen vor, die eine Beschränkung des Ersatzes ideeller Schäden in Fällen ärztlicher Behandlungsfehler vorsehen[369]. **6/194**

Letztendlich bleibt abzuwarten, ob durch derartige Begrenzungen der Ersatzleistungen die Haftpflichtversicherungen erschwinglicher werden und die Versicherungsprämien sinken. Diese Frage war in den letzten Jahren Gegenstand umfassender Forschung; es sollte festgestellt werden, ob die Reform des Schadenersatzrechts zur Senkung der hohen Prämien von Arzthaftungsversicherungen geführt hat. Ergebnis der jüngst erfolgten Auswertung von 16 Studien zu dieser Frage war, dass aufgrund von unterschiedlichen Untersuchungsmethoden, Fehlern bei der Projektgestaltung und unterschiedlichen Ergebnissen keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden konnten bezüglich des Verhältnisses zwischen Ersatzbegrenzung und Höhe der Prämien für Arzthaftungsversicherungen[370]. **6/195**

369 Siehe <http://www.atra.org/issues/noneconomic-damages-reform>, zuletzt aufgerufen am 2.2.2013.

370 Siehe *K. Zeiler/L. E. Hardcastle,* Do Damages Caps Reduce Medical Malpractice Insurance Premiums?: A Systematic Review of Estimates and the Methods Used to Produce Them, in: J. Arlen (Hrsg), Research Handbook on the Economics of Torts (2013).

Teil 8 Der Ersatz des Schadens[371]

6/196 Auch in den USA[372] herrscht der in Basic Questions I dargestellte Grundsatz des umfassenden Schadensausgleichs, dh der Schädiger hat den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde[373]. Die Unbestimmtheit dieses Grundsatzes und Probleme bei der praktischen Anwendung schaffen eine Reihe schwieriger und interessanter Fragestellungen für den Ersatz von Schäden in den USA[374]. Außerdem variiert der zugesprochene Ersatz je nach der Art des vom Opfer erlittenen Schadens – Körperverletzung, Rufschädigung, reiner Vermögensschaden, etc[375].

I. Laufende Zahlung oder Kapitalabfindung

6/197 Künftige Verluste werden in den USA mit einem Pauschalbetrag abgegolten, da der administrative Aufwand dafür geringer ist und der Geschädigte motiviert werden soll, sein Leben weiterzuführen[376]. Das gilt auch für Geschädigte, die zusätzliche Schäden in der Zukunft zu befürchten haben – die Geschädigten müssen bereits im ersten Verfahren auch für die erst zu erwartenden Schäden Ersatz erlangen[377]. Der Nachteil ist freilich, dass die Feststellung künftiger Schäden problematisch sein kann. Bei entgangenem Gewinn wird es den Geschworenen von den Richtern

371 Die von den US-Gerichten typischerweise angewendete Terminologie versteht unter »damages« die geldwerte Entschädigung des Opfers, während »damage« äußerst selten für »Schaden« (harm) oder »Verletzung« (injury) verwendet wird. Siehe zB Restatement (Third) of Torts: Liability For Physical and Emotional Harm (2010) § 4 (Definition von »physical harm«).

372 Basic Questions I Rz 8/1.

373 Siehe *Franklin/Rabin/Green,* Tort Law and Alternatives[9] 710.

374 Ein zufällig ausgewähltes Beispiel: Soll ein Ausländer, der nicht die erforderlichen Dokumente besitzt und daher unerlaubterweise gearbeitet hat, Verdienstentgang geltend machen können, wenn er aufgrund eines schädigenden Ereignisses arbeitsunfähig wird?

375 Siehe *Dobbs,* The Law of Remedies[2] § 3.3(1), 220.

376 Siehe *Dobbs,* The Law of Remedies[2] § 3.1, 216; siehe auch *R. C. Henderson,* Designing a Responsible Periodic-payment System for Tort Awards: Arizona Enacts a Prototype, 32 Ariz. L. Rev. (1990) 21 (über die Vor- und Nachteile laufender Zahlungen).

377 Fast überall muss der Kläger nach dem Standard »preponderance of the evidence« (überwiegende Wahrscheinlichkeit) beweisen, dass ein solcher zukünftiger Schaden eintreten wird. Eine Ausnahme bildet die Entscheidung in *Dillon v. Evanston Hosp.,* 771 N.E.2d 357 (Illinois 2002), in der das Gericht Ersatz für zukünftigen Schaden aufgrund einer Wahrscheinlichkeit zugesprochen hat, die unterhalb des üblichen Beweismaßstabes (preponderance of the evidence) lag.

im Hinblick auf die Beweisschwierigkeiten häufig gestattet, geringere Beweise als üblicherweise erforderlich für die Festsetzung des angemessenen Ersatzbetrages genügen zu lassen. Andererseits wendet eine Minderheit von Gerichten in den USA eine kategorische Regel an, die junge Unternehmen daran hindert, Ersatz für künftig entgehende Gewinne zu erlangen, und zwar wegen des spekulativen Charakters der Entwicklungsaussichten solcher neuer Unternehmungen[378].

Eine deutliche Grundeinstellung des US-amerikanischen Schadenersatzrechts liegt in der »single-judgment rule«, nach der über alle Schadenersatzansprüche in einem Verfahren abzusprechen ist. In den 1970er Jahren erließ allerding eine Handvoll von Staaten gesetzliche Bestimmungen über laufende Zahlungen, die eine Zeit lang geleistet werden müssen und eingestellt werden, wenn die Notwendigkeit nicht mehr vorhanden ist, zB beim Tod des Geschädigten. Diese Bestimmungen waren auf Fälle ärztlicher Behandlungsfehler beschränkt und fanden ihren Grund in der Krise der Arzthaftpflichtversicherung. Auf andere Bereiche des Schadenersatzrechts oder weitere Staaten wurden sie nicht ausgeweitet[379]. **6/198**

II. Minderung der Ersatzpflicht

Im US-amerikanischen Recht gibt es keine Entsprechung zu den in Basic Questions I erörterten Reduktionsklauseln[380]. Da es keine derartigen Bestimmungen gibt, fand auch unseres Wissens keine wissenschaftliche Diskussion darüber statt. Ein Schädiger, der durch die ihm auferlegte Ersatzleistung finanziell ruiniert wird, kann sich an das Konkursgericht wenden – dieser Weg ist bei Vorsatzdelikten allerdings ausgeschlossen. Wie oben bereits ausgeführt, führen Klagevertreter nur selten Exekution gegen Personen, die keine Haftpflichtversicherung besitzen oder deren Versicherung keine zureichende Deckung bietet[381]. **6/199**

Vielleicht finden wir wegen dieser faktischen Grenzen ruinöser Haftungen keine überzeugenden Gründe für die Einführung solcher Reduktionsklauseln. Zwar kann ein Urteil für den schuldigen Schädiger dessen finanziellen Ruin bedeuten, doch kann die Nichterlangung einer Entschädigung für schwere Verletzungen auch für die Opfer höchst nachteilig sein. In Basic Questions I wird damit argumentiert, dass eine Reduktion »auch in einem Ausmaß erfolgen kann, dass dem Schädiger mehr als das Existenzminimum bleibt und ihm damit noch eine **6/200**

378 *T. R. Smyth,* Recovery of Anticipated Lost Profits of New Business: Post-1965 Cases, 55 American Law Reports (A.L.R.) 4th 507.
379 Siehe zB *Smith v. Myers,* 887 P.2d 541 (Arizona 1994) (hält staatliches Gesetz über regelmäßige Zahlungen für verfassungswidrig).
380 Basic Questions I Rz 8/24–29.
381 Siehe oben Rz 6/139.

gewisse Entfaltungsmöglichkeit eingeräumt wird«[382]. Für uns klingt dieses Argument nach unverblümter Umverteilung – Geld, das ärmeren Menschen gegeben wird, hilft diesen mehr, als wenn es bei den Reichen verbliebe. Ein solches Argument könnte, würde es akzeptiert, dazu führen, dass ein Opfer einer Schädigung katastrophalen Ausmaßes Zahlung von jemandem begehrt, der den Schaden gar nicht zu verantworten hat.

382 Basic Questions I Rz 8/27.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

I. Grundgedanken des Verjährungsrechts

Ein US-amerikanischer Anwalt würde den einleitenden Worten im Kapitel zur Verjährung der Ansprüche (statutes of limitations) in Basic Questions I größtenteils zustimmen[383]. Nicht zustimmen würde er der Aussage, dass die Verjährung dem Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme dient, da es unseres Wissens nach keinen Beweis für einen Zusammenhang zwischen der verspäteten Einreichung und der Begründetheit der Klage gibt. Die Verjährung verfolgt vielmehr die beiden Ziele, eine Prozessführung in Fällen zu verhindern, in denen keine oder keine ausreichenden Beweise vorliegen, und potentiellen Beklagten Sicherheit zu geben, sobald die Frist zur Einreichung der Klage verstrichen ist. Die Sanktion für das Versäumen der vorgesehenen Frist ist ungewöhnlich hart: der Verlust des Anspruchs. Diese Sanktion ist aus Gründen der Prävention gerechtfertigt – es sollen Anreize für das rasche Einbringen der Klage gesetzt werden – sowie Reduktion der Transaktionskosten, die bei einer auf die fahrlässige Versäumnis abstellenden Bestimmung (»laches-rule«) entstünden, nach der bei jedem Verfahren geprüft werden müsste, ob die Beweise durch das verspätete Einbringen der Klage durch den Kläger beeinträchtigt wurden. Wenn die Anreize der Verjährungsregeln ihr Ziel erreichen, dann wird es nur selten zur Sanktion wegen deren Missachtung kommen. Dass die Interessen der Allgemeinheit eine Rolle spielen, wie dies in Basic Questions I behauptet wird[384], wird in den USA nicht so gesehen; das Verjährungsrecht entspricht im Wesentlichen nur einer Abwägung von privaten Rechten und Verwaltungsaufwand. **6/201**

Hinzufügen möchten wir, dass der Gedanke, verspätet eingebrachte Klagen wären ein Nachteil für den Beklagten, weil Beweise verloren gegangen oder zerstört worden sein könnten, die ihm die Erhebung von Einwendungen ermöglicht hätten, nicht allgemein zutrifft. In vielen US-Fällen von Masseschäden durch Vergiftungen, die sich in den letzten Jahrzehnten ereigneten, war die entscheidende Frage die Kausalität: ruft das Medikament oder der medizinische Behelf der beklagten Partei bestimmte Krankheiten im Menschen hervor oder nicht? In zwei bemerkenswerten Fällen begannen die Verfahren zu einem Zeitpunkt, als die Beweislage in Bezug auf die Kausalität eher dünn war. Im Anfangsstadium des **6/202**

383 Basic Questions I Rz 9/1–3.
384 Basic Questions I Rz 8/3.

Prozesses waren die Kläger recht erfolgreich, indem sie sich auf die vorhandenen Beweise für die Verursachung der Krankheit stützten. Doch das Verfahren trieb die Wissenschaft an; weitere Untersuchungen, darunter auch epidemiologische Studien, brachten aussagekräftigere Beweise bezüglich der Kausalität hervor. In beiden Verfahren – das eine betraf ein Medikament gegen Morgenübelkeit schwangerer Frauen[385], das andere Brustimplantate aus Silikon[386] – trugen die Beweise zur Entlastung des unter Verdacht stehenden Wirkstoffes bei, weshalb die Gerichte die Rechtsfrage schließlich gegen die Kläger entschieden. Dieses Beispiel kann verallgemeinert werden: manchmal verbessert sich die Beweislage im Verlauf der Zeit; das gilt ganz besonders für naturwissenschaftliche Beweise[387].

6/203 Dem Gedanken, dass es unfair wäre, Erben die Bürde lange nicht geltend gemachter Ansprüche aufzuerlegen[388], wird in den USA dadurch Rechnung getragen, dass Klagen gegen den Nachlass beschränkt werden und alle noch nicht geltend gemachten Ansprüche ausgeschlossen sind, sobald das Nachlassverfahren beendet und die Erbschaft auf die Erben verteilt worden ist. Der Schutz bezieht sich nicht nur auf Klagen, sondern auch auf andere Schulden und Verpflichtungen des Erblassers. Das Verlassenschaftsverfahren soll derartige Ansprüche noch vor der Verteilung der Vermögenswerte klären. Ein ähnliches Verfahren wird bei der Liquidation von Unternehmen und Verteilung des Vermögens an die Aktionäre durchgeführt[389].

II. Verjährungsfristen

6/204 Das US-amerikanische Recht unterscheidet sich vom österreichischen Recht, in dem eine allumfassende (und sehr lange) Verjährungsfrist gilt[390], und ähnelt eher dem deutschen und dem schweizerischen Recht, wenngleich die Anspruchsentstehung in den USA anders geregelt ist. Je nach Anspruchsart gelten verschiedene Verjährungsfristen; bei Fahrlässigkeitsdelikten beträgt die Frist üblicherweise zwei Jahre, in manchen Staaten zwischen ein und drei Jahren[391]. Wie in

385 Siehe *Green,* Bendectin and Birth Defects 314–316.
386 Siehe *R. K. Craig/A. Klein/M. Green/J. Sanders,* Toxic and Environmental Torts (2011) 336–340.
387 Siehe *M. D. Green,* The Paradox of Statutes of Limitations in Insidious Disease Litigation, 76 Cal. L. Rev. (1989) 965.
388 Basic Questions I Rz 9/8.
389 Siehe zB Model Business Corporation Act § 14,07 (1984).
390 Basic Questions I Rz 9/11–13.
391 So beträgt in North Carolina die Verjährungsfrist drei Jahre für beinahe alle Schadenersatzansprüche, auch bei Vorsatzdelikten. Siehe zB North Carolina General Statutes (N.C.G.S.) § 1–52(16) (fahrlässige Körperverletzung); N.C.G.S. § 1–52(19) (Körperverletzung). Siehe allgemein *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts² § 241, 87.

Österreich[392] entsteht der Anspruch und beginnt die Verjährung vom Eintritt des letzten Ereignisses an zu laufen, zu dem das Opfer die Klage erheben hätte können. Im Schadenersatzrecht beginnt die Verjährung daher erst mit Eintritt des Schadens zu laufen[393]. Die unerlaubte Handlung des Beklagten muss vor Eintritt des Schadens stattgefunden haben, da eine Handlung nicht ursächlich für einen Schaden sein kann, der vor der Handlung bereits bestanden hat.

Da in einigen Fällen, insbesondere bei Erkrankungen, der Kläger erst von der Krankheit erfährt, wenn sie sich klinisch manifestiert, oder er die Ursache der Krankheit nicht kennt oder die Rolle des Beklagten bei der Schadensverursachung nicht einschätzen kann, haben die meisten US-Gerichte oder die Gesetzgeber der Einzelstaaten »Entdeckungs-Regeln« (»discovery rules«) entwickelt, die den Verjährungsbeginn hinauszögern[394], ähnlich wie die »Entstehungs-Regeln« in Deutschland und der Schweiz[395]. Die »Entdeckungs-Regel« in den USA legt die Kenntnis des Opfers oder das Kennenmüssen einiger Punkte als Voraussetzung fest, und zwar: 1) des Bestehens der Krankheit, 2) der unerlaubten Handlung des Beklagten, und 3) des Kausalzusammenhangs zwischen dem unerlaubten Verhalten und der Krankheit[396]. **6/205**

Zusätzlich zu den Verjährungsfristen gibt es in einigen US-Rechtsordnungen für bestimmte Arten von Ansprüchen auch »statutes of repose«[397]. Diese sehen Fristen vor, die – so wie die langen Verjährungsfristen in Deutschland und in der Schweiz – nicht mit dem Schadenseintritt, sondern mit einem anderen Ereignis zu laufen beginnen, oft dann, wenn die haftungsbegründende Handlung abgeschlossen ist. In Produkthaftungsfällen ist das der Zeitpunkt, in dem das Produkt vom Beklagten erstmals verkauft wurde. Die Frist ist typischerweise viel kürzer als die lange Verjährungsfrist in Österreich und beträgt, vergleichbar mit der Schweiz, üblicherweise 8 bis 12 Jahre. Zur Anwendung gelangen die »statutes of repose« häufig bei nachlässiger Errichtung von Bauwerken. Diese »statutes of repose« können die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verhindern, bevor das Opfer die Verletzung durch das Verhalten des Beklagten erleidet, somit bevor der Anspruch entstanden ist, den der Kläger geltend machen kann[398]. **6/206**

392 Basic Questions I Rz 9/16 f.
393 Siehe *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts² § 242, 876.
394 *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts² § 243, 877–884.
395 Basic Questions I Rz 9/18 f.
396 Siehe zB *Berardi v. Johns-Manville Corp.,* 482 A.2d 1067, 1070–71 (Pa Super Ct. 1984).
397 Siehe *Dobbs/Hayden/Bublick,* The Law of Torts² § 244, 884–890.
398 Siehe zB *Montgomery v. Wyeth,* 580 F.3d 455 (6th Cir. 2009).

III. Ausschluss des Anspruches vor seiner Entstehung

6/207 Wenngleich wir mit den Einzelheiten des österreichischen Rechts und den Forderungen betreffend die lange Verjährungsfrist, die zum Verlust von Ansprüchen führt, bevor diese überhaupt entstanden sind, nicht vertraut sind, finden wir die Argumente in Basic Questions I überzeugend[399]. Verjährungsfristen, die Ersatzansprüche ausschließen, die noch gar nicht entstanden sind, wurden in den USA heftig kritisiert. Eine besonders amüsante Kritik ist jene von Richter *Frank* im Urteil *Dincher v. Marlin Firearms Co.*[400]*:*

6/208 »Nur in einem Land, in dem alles auf den Kopf gestellt wird, kann man sterben, bevor man gezeugt wurde; sich scheiden lassen, bevor man geheiratet hat; Getreide ernten, das man nie gesät hat; ein Haus niederbrennen, das nie gebaut wurde; oder einen Zug verpassen, für den keine Gleise gelegt wurden. Aus im Wesentlichen ähnlichen Gründen ist es ein bislang unbestrittener Grundsatz, eine Art rechtliches ›Axiom‹, dass eine Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen kann, solange der Anspruch nicht entstanden ist, d.h. solange dem Kläger kein Rechtsbehelf zur Verfügung steht.«

6/209 Wie dem auch sei, wir können darüber aufklären, dass »statutes of repose« von den Gesetzgebern in den Einzelstaaten auf Betreiben der betroffenen Gruppen – zB Produkthersteller, Bauunternehmer, Ärzte – erlassen wurden, als Reaktion auf die Erkenntnis, dass die ihnen aufgebürdete Haftung und in Folge die von ihnen zu zahlenden Versicherungsprämien übermäßig hoch waren. Eine solche Gesetzgebung ist, wie in Basic Questions I treffend bemerkt wird, »höchst einseitig und wenig sachgerecht«[401].

399 Basic Questions I Rz 9/21–24.
400 198 F.2d 821, 823 (2d Cir. 1952) (aA *Frank, J.*).
401 Basic Questions I Rz 9/23.

Japan

Keizô Yamamoto

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus japanischer Sicht

Kapitel 7

Grundfragen des Schadenersatzrechts aus japanischer Sicht

Keizô Yamamoto*

Teil 1 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Überblick

Auch die japanische Rechtsordnung gewährleistet den Schutz von subjektiven Rechten, wie etwa von Vermögensrechten oder Persönlichkeitsrechten. Fraglich ist jedoch, was »Gewährleistung des Rechtsschutzes« bedeutet. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn es zu einer Beeinträchtigung des Rechts kommt. 7/1

A. Beeinträchtigung durch den Berechtigten selbst

Zunächst ist an den Fall zu denken, dass jemand seine eigenen Rechtsgüter beeinträchtigt. In diesem Fall hat der Rechtsinhaber den daraus entstandenen Schaden selbst zu tragen. Für den Eintritt eines solchen Schadens durch eigenes Verhalten hat jeder selbst vorzusorgen, zB durch Ersparnisse oder durch Versicherungen, dh also durch die Verteilung des Risikos auf eine Vielzahl von Menschen. 7/2

---

* Aus dem Japanischen übersetzt von Associate Prof. Dr. *Gabriele Koziol,* Graduate School of Law, Kyoto University, Japan.

B. Beeinträchtigung durch Zufall (casus)

7/3 Als zweites sind jene Fälle anzuführen, in denen Rechte durch äußere Ereignisse, wie etwa Naturkatastrophen, beeinträchtigt werden. Auch in diesem Fall hat der Rechtsinhaber den daraus entstandenen Schaden selbst zu tragen; jeder hat grundsätzlich durch Ersparnisse oder Versicherungen selbst vorzusorgen. Jedoch stellen Schäden durch derartige Ereignisse Unglücksfälle dar, die in einer Gesellschaft durchaus vorkommen können. Der Gedanke der gesellschaftlichen Solidarität kann dazu führen, dass die Gesellschaft die Pflicht trifft, jenen ihrer Mitglieder zu helfen, die zufällig von einem Unglück heimgesucht wurden. Diesem Ziel dienen verschiedene Formen sozialer Unterstützung.

C. Rechtsverletzung durch einen anderen

7/4 Drittens ist auf jene Fälle einzugehen, in denen Rechte durch einen anderen verletzt werden. Hier sind zwei Möglichkeiten, die zu einem Schutz der Rechte führen, denkbar:

1. Rechtsschutz durch Bestrafung des Täters

7/5 Die erste ist, Rechte dadurch zu schützen, dass der Täter bestraft wird. Durch die Bestrafung des Täters wird allerdings natürlich nicht das verletzte Recht des Opfers wiederhergestellt. Indem jedoch die Rechtsordnung vorsieht, dass jemand, der in ein Recht eingreift, dafür bestraft wird, können Rechtseingriffe verhindert werden. In Japan wird diese präventive Aufgabe des Strafrechts – neben weiteren Funktionen – anerkannt.

2. Rechtsschutz durch Einräumung eines Anspruchs

7/6 Die zweite Möglichkeit besteht darin, dem Geschädigten einen Anspruch zu gewähren und dadurch für Rechtsschutz zu sorgen. Dabei ist zu unterscheiden, durch welche Art von Handlung die Rechtsbeeinträchtigung herbeigeführt wurde:

a. Schutz vor Schädigung durch rechtmäßige Handlung – Entschädigung

7/7 Zunächst gibt es Rechtsverluste, wie etwa durch Enteignung, die aufgrund der gesetzlichen Vorschriften erlaubt sind. Aber auch in diesen Fällen wird nicht nur das Recht als solches anerkannt, sondern darüber hinaus auch ein Ersatz des entstandenen Verlustes als Minimum gefordert. Dieser Gedanke liegt Art 29 Abs 3 der

Japanischen Verfassung (JV)[1] zugrunde, wonach »Privateigentum gegen eine gerechte Entschädigung zum Wohle der Allgemeinheit in Gebrauch genommen werden [kann].« Demnach steht dem Geschädigten das Recht zu, vom Staat Ersatz seines Verlustes zu fordern.

b. Schutz vor Schädigung durch rechtswidrige Handlung – zivilrechtliche Rechtsbehelfe

Es kommt aber auch vor, dass Rechte durch die rechtswidrige Handlung eines anderen verletzt werden. In diesen Fällen werden zivilrechtliche Rechtsbehelfe gewährt. Entsprechend ihrem Inhalt können folgende Kategorien von Rechtsbehelfen unterschieden werden: **7/8**

(1) Verhinderung und Beseitigung der Rechtsverletzung

Die erste Gruppe umfasst Rechtsbehelfe, die auf die Beseitigung des Zustandes der Rechtsverletzung abzielen. Dadurch soll erreicht werden, dass jetzt und auch in Zukunft das Recht nicht mehr verletzt wird. Beispiele hierfür bieten Ansprüche, die dem Schutz dinglicher Rechte, wie etwa dem Eigentum, dienen, vor allem Herausgabeansprüche, Beseitigungsansprüche und vorbeugende Unterlassungsansprüche. Im japanischen Zivilgesetz (ZG)[2] sind derartige sachenrechtliche Ansprüche nicht ausdrücklich geregelt, werden aber als selbstverständlich anerkannt. Ob darüber hinaus auch in anderen Fällen ein Unterlassungsanspruch besteht, ist strittig; darauf wird unter II. näher eingegangen. **7/9**

(2) Restitution des verletzten und usurpierten Rechts – Eingriffskondiktion

Die zweite Kategorie umfasst Rechtsbehelfe zur Restitution des verletzten und usurpierten Rechts. Wurde in der Vergangenheit ein Recht verletzt und dessen Genuss usurpiert, so sollen diese Rechtsbehelfe dazu dienen, das auf diese Weise usurpierte Recht bzw dessen Wert zu restituieren. Die Eingriffskondiktion ist als ein solcher Rechtsbehelf anzusehen. **7/10**

(3) Wiedergutmachung des durch eine Rechtsverletzung entstandenen Schadens

Die dritte Kategorie umfasst Rechtsbehelfe zur Wiedergutmachung eines Schadens, der aufgrund einer Rechtsverletzung entstanden ist. Wurde in der Vergangenheit ein Recht verletzt und hat der Geschädigte dadurch einen Nachteil erlitten, so soll möglichst ein Zustand herbeigeführt werden, als ob dieser Nachteil nie **7/11**

---

1 *Nihon-koku kenpô* vom 3.11.1946.

2 *Minpô,* Gesetz Nr 89/1896 und Nr 91/1898 idF Gesetz Nr 74/2011.

eingetreten wäre. Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung sind derartige Rechtsbehelfe.

II. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

A. Grundlage des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

7/12 Der Unterlassungsanspruch ist im japanischen ZG nicht ausdrücklich geregelt. Daher stellt sich die Frage, wie ein Unterlassungsanspruch begründet werden kann.

1. Der Stand der Diskussion

a. Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht

7/13 Einer Ansicht zufolge kann bei Verletzung eines ausschließlichen Rechts die Beseitigung der Verletzung sowie – um einer Verletzung, deren Eintritt künftig zu befürchten ist, vorzubeugen – die Unterlassung der Verletzungshandlung verlangt werden. Daraus ergibt sich, dass bei Verletzung folgender ausschließlicher Rechte ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch anzuerkennen ist. Erstens sind bei Verletzung eines dinglichen Rechts Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (actio negatoria) als sachenrechtliche Ansprüche anzuerkennen. Zweitens stellen persönliche Werte, wie zB Leben, Körper, aber auch Ehre und Privatsphäre, wichtige rechtlich geschützte Interessen dar und sind daher ebenso wie dingliche Rechte als ausschließliche Rechte anzusehen[3].

b. Lehre von der unerlaubten Handlung

7/14 Demgegenüber wird aber auch vertreten, dass ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch als Folge einer unerlaubten Handlung anzuerkennen sei. Denn auch bei Verletzung von Rechten oder Rechtsgütern, denen keine Ausschließlichkeit zukomme, bestehe jedoch bei einem erheblichen, andauernden Eingriff die Notwendigkeit, den Betroffenen durch Gewährung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs, der sich auf die unerlaubte Handlung gründet, zu schützen. Während anfangs vertreten wurde, dass ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art 709 ZG, nämlich insbesondere Vorsatz oder Fahrlässigkeit, stets anzuerkennen sei, ist er nach heutiger Auffassung

3 OGH v 11.6.1986, Minshû 40-4, 872.

nur dann zu gewähren, wenn der Schaden jenes Maß übersteigt, das im allgemeinen gesellschaftlichen Leben zu erdulden ist[4].

c. Lehre von der rechtswidrigen Verletzung

Ferner wird auch vertreten, dass ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu gewähren sei, wenn Rechtsgüter, die rechtlich schutzwürdig sind, rechtswidrig verletzt werden. Dahinter steht der Gedanke, dass auf der Grundlage der gesamten Rechtsordnung ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch anzuerkennen sei, wenn die Rechtsordnung in ihrer eigentlichen Funktionsweise, beeinträchtigt wird und daher die Erhaltung bzw Wiederherstellung des eigentlichen Zustandes erforderlich ist[5]. Wenn demnach ein ausschließliches Recht verletzt wird, so ist bereits dies als rechtswidrig zu beurteilen und ohne weiteres ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu gewähren. Wird hingegen ein anderes Rechtsgut verletzt, so ist ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch dann anzuerkennen, wenn die Verletzung dieses Rechtsgutes in Abwägung der einander gegenüber stehenden Interessen als rechtswidrig anzusehen ist. **7/15**

d. Dualistische Lehre

Im Gegensatz zu den obengenannten Ansichten wird aber auch vertreten, dass sowohl die Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht als auch die Lehre von der unerlaubten Handlung bzw rechtswidrigen Verletzung nebeneinander bestehen können. **7/16**

(1) Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht und Lehre von der rechtswidrigen Verletzung

Einer Ansicht zufolge sind die Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht und die Lehre von der rechtswidrigen Verletzung nebeneinander anzuerkennen[6]. Es sei bei ausschließlichen Rechten, wie dinglichen Rechten und Persönlichkeitsrechten, möglichst nicht auf eine Interessenabwägung abzustellen, sondern ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch immer dann anzuerkennen, wenn ein Recht objektiv **7/17**

---

4 *Nomura,* Kôi, kashitsu oyobi ihô-sei [Vorsatz, Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit], in: Katô (Hrsg), Kôgai-hô no seisei to tenkai [Entstehung und Entwicklung des Rechts der Umweltschäden] (1968) 404 ff.

5 *Nemoto,* Sashidome seikyû-ken no riron [Theorie des Unterlassungsanspruchs] (2011) 349 ff, 373 ff.

6 Siehe etwa *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] (2001) 123, 124 ff; *Shinomiya,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi (jô) [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung Bd 1] (1981) 470 ff; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung][4] (2010) 122 ff, sowie ähnlich auch *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] (1992) 107 ff.

verletzt wurde. Da der Schutz dadurch aber begrenzt sei, sei auch dann ein Unterlassungsanspruch zu gewähren, wenn ein anderes Rechtsgut verletzt wurde und nach Abwägung mit den in Konflikt stehenden Interessen die Verletzung dieses Rechtsgut als rechtswidrig anzusehen ist.

(2) Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht und Lehre von der unerlaubten Handlung

7/18 Andererseits wird auch vertreten, dass die Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht und die Lehre von der unerlaubten Handlung nebeneinander bestehen können[7]. Nach dieser Ansicht ist grundsätzlich ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch anzuerkennen, wenn ein ausschließliches Recht verletzt wird. Wird hingegen ein Interesse verletzt, das keinen den ausschließlichen Rechten entsprechenden Schutz genießt, so sei dennoch ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch auf der Grundlage einer unerlaubten Handlung zu gewähren, sofern Verschulden oder eine Verletzung einer Handlungspflicht auf Seite des Schädigers vorliegt.

e. Probleme der bisher vertretenen Ansichten

7/19 Wie gezeigt wurde, werden bezüglich der Grundlagen eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs verschiedenste Meinungen vertreten. Jede von ihnen weist aber gewisse Probleme auf.

(1) Probleme der Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht

7/20 Was zunächst die Lehre vom Ausschließlichkeitsrecht betrifft, so ist die Aussage, dass ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch anzuerkennen sei, gerade weil es sich um ein ausschließliches Recht handelt, nichts als eine Tautologie. Ob ein Recht ausschließlich ist oder nicht, kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern ist untrennbar mit der Frage verbunden, ob zum Schutz dieses Rechts die Beseitigung und der Schutz vor Beeinträchtigungen anzuerkennen sind oder nicht. Das Problem liegt daher vielmehr darin, ob ein Grund dafür gegeben ist, diesem Recht einen derart weitgehenden Schutz zu gewähren.

---

7 *Ôtsuka,* Seikatsu bôgai no sashidome ni kansuru kisoteki kôsatsu (8) [Grundlegende Überlegungen zum Unterlassungsanspruch bei *nuisance* (8)], Hôgaku Kyôkai Zasshi 107-4 (1990) 1 ff; *derselbe,* Jinkaku-ken ni motozuku sashidome seikyû [Auf Persönlichkeitsrecht gegründeter Unterlassungsanspruch], Minshô-hô Zasshi 116-4/5 (1997) 1 ff; *derselbe,* Kankyô soshô to sashidome no hôri [Umweltrechtliche Verfahren und das Rechtsprinzip des Unterlassungsanspruchs], in: Hirai Yoshio sensei koki kinen [Festschrift für Yoshio Hirai zum 70. Geburtstag] (2007) 701.

(2) *Probleme der Lehre von der unerlaubten Handlung*

Die Schwierigkeit bei der Lehre von der unerlaubten Handlung liegt darin, dass nicht klar ist, weshalb ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch dann anzuerkennen sein soll, wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt. Art 709 ZG sieht als einzige Rechtsfolge Schadenersatzansprüche vor, daher ist eine besondere Begründung für die Anerkennung eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs erforderlich. **7/21**

(3) *Probleme der Lehre von der rechtswidrigen Verletzung*

Bei der Lehre von der rechtswidrigen Verletzung wiederum ist die Ableitung der Rechtswidrigkeit aus den Regeln und Prinzipien der Rechtsordnung problematisch. Auch wenn die Verletzung eines ausschließlichen Rechts an sich als rechtswidrig angesehen und direkt daraus abgeleitet ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch anerkannt wird, so bleibt doch unbeantwortet, woraus sich ergibt, dass dieses Recht soweit zu schützen ist, und aus welchen Gründen dies in der Rechtsordnung vorgesehen sein soll. Ferner ist im Fall, dass andere Rechtsinteressen verletzt werden, unklar, wie die Abwägung mit kollidierenden Interessen zu erfolgen hat und wie zu beurteilen ist, ob die Verletzung dieses Interesses rechtswidrig ist oder nicht. **7/22**

(4) *Probleme der dualistischen Lehre*

Auch die dualistische Lehre kann die oben genannten Probleme nicht lösen. **7/23**

2. Lehre von der Pflicht zum Schutz der Grundrechte

In Abkehr von den obengenannten Ansichten wird vertreten, dass auch dann, wenn keine ausdrückliche Regelung bestehe, die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs aus der Pflicht des Staates, die Grundrechte zu schützen, begründet werden könne[8]. **7/24**

a. Begründung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

Folgende Argumente lassen sich daher für die Anerkennung eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs anführen: **7/25**

8 *Yamamoto,* Hanrei hihyô: Saihan shôwa 61-nen 6-gatsu 11-nichi [Entscheidungsanmerkung zu OGH vom 11.6.1986], in: Nakata ua (Hrsg), Minpô hanrei hyakusen I [100 ausgewählte Entscheidungen zum Zivilrecht I][6] (2009) 10 f.

(1) Staatliche Pflicht zum Schutz der Grundrechte

7/26 Prämisse ist, dass der Staat die Pflicht hat, die Grundrechte jedes Einzelnen vor Eingriffen durch einen anderen zu schützen. Ginge man nämlich davon aus, dass der Staat tatenlos zusehen dürfte, selbst wenn die Grundrechte eines Menschen durch einen anderen verletzt werden, etwa durch Mord, Diebstahl, Vergewaltigung oder Brandstiftung, so verliert der Staat seinen Sinn. Ferner verbieten moderne Staaten grundsätzlich die Selbsthilfe, so dass der Einzelne gegenüber Eingriffen durch einen anderen wehrlos ist. Daher muss es selbstverständlich sein, dass der Staat verpflichtet ist, die Grundrechte jedes Einzelnen vor Eingriffen durch einen anderen zu schützen[9].

(2) Pflicht der Gerichte zur Rechtsfortbildung

7/27 Kann durch die vom Gesetzgeber vorgesehenen Schutzmechanismen (Schadenersatz aufgrund von Art 709 ZG) kein effektiver Schutz jener erzielt werden, deren Grundrechte verletzt wurden, so haben die Gerichte, die ja ebenfalls Organe des Staates sind, die Pflicht, Lücken des Gesetzgebers zu füllen und zumindest ein Mindestmaß an Schutz zu gewähren. Kann daher ohne Anerkennung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs kein ausreichender Schutz der Grundrechte erzielt werden, so besteht aufgrund der Verfassung eine Pflicht der Gerichte, auch ohne ausdrückliche Regelung, einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu gewähren.

b. Voraussetzungen des Schutzes von Rechten

7/28 Voraussetzung ist demnach, dass Grundrechte verletzt wurden oder dass die Befürchtung besteht, dass diese verletzt werden. Grundrechte werden dabei nicht nur als ausschließliche Rechte, dh also dingliche Rechte, Herrschaftsrechte an Vermögen oder Rechte am Körper (körperliche Persönlichkeitsrechte), verstanden.

c. Rechtfertigung der Beschränkung der Rechte des Täters

7/29 Anerkennt man nach dem oben Gesagten einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des Gefährdeten, so führt dies zu einer Beschränkung der Rechte des Täters. Da auch dem Täter Rechte (Grundrechte) zukommen, darf der Staat diese nicht übermäßig beschränken. Da es hier also zu einer Kollision der Rechte

9 *Yamamoto,* Gendai shakai ni okeru riberarizumu to shiteki jichi (1) [Liberalismus und Privatautonomie in der heutigen Gesellschaft (1)], Hôgaku Ronsô 133-4 (1993) 16 ff. Dies beruht auf der Entwicklung der deutschen Rechtsprechung und Lehre. Siehe dazu insbesondere *Canaris,* Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201, 225 ff; *derselbe,* Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz (1999) 37 ff, 71 ff.

des Täters und des Gefährdeten kommt, ist die Vornahme einer Abwägung zwischen den verschiedenen Rechten, wie sie im Folgenden ausgeführt wird, unvermeidlich[10].

Zunächst ist eine umso gewichtigere Begründung des Eingriffs erforderlich, je größer die Beschränkung der Rechte des Täters durch die Anerkennung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs ist. Eine solche Begründung ist umso eher gegeben, je größer die Notwendigkeit des Schutzes der Rechte des Gefährdeten ist. Dabei spielen die beiden folgenden Elemente bei der Abwägung eine Rolle: **7/30**

Einerseits ist auf das Gewicht des verletzten Rechts abzustellen. Bei Immobiliarsachenrechten oder Persönlichkeitsrechten wird das Gewicht als durchaus hoch anzusehen sein, so dass ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch leicht zu begründen ist. **7/31**

Andererseits kommt es auf die Schwere der Verletzung an. So besteht beispielsweise selbst bei Verletzung eines dinglichen Rechts oder eines Persönlichkeitsrechts keine Notwendigkeit, einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu gewähren, wenn der Grad der Verletzung nur geringfügig ist. Bei anderen Rechten ist ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch dann zu gewähren, wenn die Verletzung erheblich ist und außer einem Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch keine effektiven Behelfe zur Verfügung stehen. **7/32**

III. Vorteilsabschöpfung

A. Problemstellung

Erlangt jemand, der die Rechtsgüter eines anderen ohne dessen Zustimmung nutzt, daraus einen Vorteil, so stellt sich die Frage, ob der Rechtsinhaber die Herausgabe des erlangten Vorteils verlangen kann. Es ist in Japan umstritten, ob ein derartiger Anspruch auf Abschöpfung des Vorteils anzuerkennen ist oder nicht. **7/33**

1. Grenzen des Schutzes gegenüber Rechtsverletzungen

Die Nutzung des Rechtsgutes eines anderen ohne dessen Zustimmung ist als Verletzung des Rechts zu verstehen. Jedoch ist es schwierig, aus den vom geltenden **7/34**

10 Hierbei gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne. Dies entspricht den komparativen Sätzen im beweglichen System. Vgl *Otte,* Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht, in: F. Bydlinski ua (Hrsg), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 271 f.

Recht vorgesehenen Rechtsbehelfen bei Rechtsverletzung einen Anspruch auf Herausgabe des durch den unberechtigt Nutzenden erlangten Vorteils zu begründen.

7/35 Das Recht der unerlaubten Handlung zielt auf den Ersatz eines dem Rechtsinhaber entstandenen *Schadens* ab. Der durch den unberechtigt Nutzenden erzielte Vorteil kann jedoch schwerlich als *Schaden* des Rechtsinhabers angesehen werden.

7/36 Das Bereicherungsrecht hingegen zielt zwar auf die Restitution eines usurpierten, dem Rechtsinhaber zustehenden Vorteils ab. Jedoch kann der durch den unberechtigt Nutzenden erzielte Vorteil kaum als *Verlust* des Rechtsinhabers angesehen werden, was nach traditioneller Auffassung Voraussetzung des Anspruchs wäre.

2. Problemstellung

7/37 Es ist möglich, die Handlung, durch die ein fremdes Rechtsgut unbefugt genutzt und ein Vorteil erlangt wird, aus zwei Blickwinkeln zu betrachten. Abhängig davon, welchen man betont, gelangt man zu einer jeweils unterschiedlichen Sichtweise.

a. Erlangung eines Vorteils durch unbefugte Nutzung eines fremden Rechtsguts

7/38 Die eine Sichtweise stellt vor allem darauf ab, dass der unbefugt Nutzendeden Vorteil gerade aus dem Eingriff in das fremde Recht zieht. Dies hat wiederum in zweierlei Hinsicht Bedeutung.

7/39 Erstens ist der durch den unberechtigt Nutzenden erlangte Vorteil ein Vorteil, den eigentlich nur derjenige ziehen darf, der das Recht innehat. Daher ist der Vorteil dem Rechtsinhaber zuzuweisen, während der unberechtigt Nutzende diesen nicht behalten darf.

7/40 Zweitens ist der durch den unberechtigt Nutzenden erlangte Vorteil ein Vorteil, den dieser dadurch erlangt hat, dass er unrechtmäßig ein Recht nutzt, das er eigentlich nicht nutzen darf. Daher ist dem unberechtigt Nutzenden nicht zu erlauben, diesen Vorteil zu behalten.

b. Erlangung eines Vorteils durch eigenes Können und Arbeit

7/41 Die andere Sichtweise betont, dass der unberechtigt erlangte Vorteil das Ergebnis des Könnens und der Arbeit des unberechtigt Nutzenden. Entzieht man ihm den gesamten Vorteil, so würde dies zu einem Erwerb durch den Rechtsinhaber ohne eigene Arbeitsanstrengung führen.

B. Der Stand der Diskussion im Zivilrecht

1. Ansicht, die die Herausgabe des Vorteils ablehnt

Es wird von manchen vertreten, dass nach dem geltenden Zivilrecht kein Herausgabeanspruch des Rechtsinhabers hinsichtlich des *gesamten* Vorteils, den der unberechtigt Nutzende erlangt hat, anerkannt werden könne[11]. Ein Herausgabeanspruch könne nur soweit gewährt werden, als es sich um einen Verlust des Rechtsinhabers handelt, dh soweit die Rückgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung oder der Ersatz des Schadens auf eine unerlaubte Handlung zurückgeführt werden könne. **7/42**

Dabei ist es nicht erforderlich, den konkreten Verlust im Einzelfall nachzuweisen, sondern es genügt, dass die unbefugte Nutzungshandlung im Allgemeinen eine solche Bereicherung bewirkt und somit davon ausgegangen werden kann, dass beim Rechtsinhaber ein entsprechender Verlust eingetreten ist. Hat der unberechtigt Nutzende jedoch sein besonderes Können oder eine besondere Chance genutzt und dadurch eine Bereicherung erlangt, die über der gewöhnlich vorhersehbaren liegt, so stellt dies keinen Verlust des Rechtsinhabers dar und ein Herausgabeanspruch ist insoweit nicht anzuerkennen. **7/43**

2. Ansicht, die einen Herausgabeanspruch anerkennt

Dagegen vertreten andere, dass in derartigen Fällen dem Rechtsinhaber ein Anspruch auf Herausgabe des Vorteils zu gewähren sei. Die Begründung hierfür ist jedoch strittig. **7/44**

a. Zurechnung des Vorteils zum Rechtsinhaber – unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

Einer anderen Ansicht nach ist dem Rechtsinhaber ein Herausgabeanspruch aufgrund des Gedankens zu gewähren, dass der Vorteil, den der unberechtigt Nutzende erlangt hat, eigentlich dem Rechtsinhaber zuzurechnen sei. Denn die Führung der Geschäfte eines anderen für seinen eigenen Nutzen ähnle der Geschäftsführung ohne Auftrag und deren Regelungen seien daher sinngemäß anzuwenden[12]. **7/45**

---

11 *Wagatsuma,* Saiken kakuron gekan [Schuldrecht Besonderer Teil II] (1972) 927 ff; *Matsuzaka,* Jimu kanri, futô ritoku [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung]² (1973) 49.

12 Siehe etwa *Hatoyama,* Nihon saiken-hô kakuron (ge) [Japanisches Schuldrecht Besonderer Teil (2)] (erw Aufl 1927) 777 ff; *Suekawa,* Jun-jimu kanri [Quasi-Geschäftsführung ohne Auftrag], in: derselbe, Saiken [Schuldrecht] (1936) 482. Dies wurde unter Bezugnahme auf § 687 Abs 1 des

(1) Wirkungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag

7/46 Demnach muss der unberechtigt Nutzende, all das, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herausgeben (Art 701 ZG analog)[13]. Der Rechtsinhaber hingegen muss, soweit er einen Vorteil erlangt, dem unberechtigt Nutzenden die nützlichen Aufwendungen ersetzen (Art 702 ZG analog).

(2) Kritik

7/47 Die Einordnung als unechte Geschäftsführung wird jedoch kritisiert, weil die Geschäftsführung ohne Auftrag eigentlich ein altruistisches Handeln voraussetzt und es wesenswidrig wäre, die Führung eines fremden Geschäfts zum eigenen Nutzen einer altruistischen Handlung gleichzusetzen.

b. Sanktion der unbefugten Nutzung

7/48 Einer weiteren Ansicht nach ist der Anspruch des Rechtsinhabers auf Herausgabe des Vorteils deshalb anzuerkennen, weil man nicht zulassen könne, dass jemand, der unbefugt die Rechtsgüter eines anderen nutzt, den daraus erlangten Vorteil behalten darf[14].

(1) Begründung

7/49 Einen Vorteil demjenigen zuzuweisen, der ihn – wenn auch durch sein Können und seine eigene Arbeit – auf Grund einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung erlangt hat, würde das Unrecht fördern. Daher sei als Sanktion gegenüber dem rechtswidrig Handelnden die Abschöpfung des durch unbefugte Nutzung erlangten Vorteils vorzusehen.

(2) Kritik

7/50 Es wird jedoch kritisiert, dass eine derartige Betonung des Sanktionscharakters mit den Grundprinzipien des geltenden Zivilgesetzes nicht vereinbar sei.

---

deutschen BGB sowie die dazu bestehende Diskussion in der deutschen Rechtswissenschaft vertreten.

13 Reichsgerichtshof (RGH) vom 19.12.1918, Minroku 24, 2367.

14 *Yoshimi,* Jun-jimu kanri no sai-hyôka – futô ritoku-hô tô no kentô o tsûjite [Neubewertung der Quasi-Geschäftsführung ohne Auftrag – auf Grundlage der Untersuchung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung ua], in: Taniguchi Tomohei kyôju kanreki kinen (3) [Festschrift für Tomohei Taniguchi zum 60. Geburtstag (3)] (1972) 425 ff; *Hironaka,* Saiken kakuron kôgi [Lehrbuch zum Schuldrecht Besonderer Teil][6] (1994) 388 ff; *Shinomiya,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi (jô) [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung Bd 1] 43 ff; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 22; *Fujiwara,* Futô ritoku [Ungerechtfertigte Bereicherung] (2002) 272.

C. Lösung de lege ferenda

Da es, wie eben dargestellt, nach geltendem Recht schwierig ist, einen Anspruch des Rechtsinhabers auf Herausgabe des Vorteils anzuerkennen, ist eine Lösung de lege ferenda wünschenswert. Für den Fall der unerlaubten Nutzung von Immaterialgüterrechten wurde beispielsweise durch Sondergesetze eine Regelung geschaffen, wonach vermutet wird, dass der Rechtsinhaber einen Schaden in Höhe des durch den Schädiger erlangten Vorteils erlitten hat (vgl zB Art 102 Patentgesetz, Art 29 Gebrauchsmustergesetz, Art 39 Geschmacksmustergesetz, Art 28 Markengesetz, Art 25 Halbleiterschutzgesetz, Art 114 Urhebergesetz, Art 5 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb). **7/51**

IV. Andere Rechtsbehelfe des Geschädigten

A. Grenzen des Schadenersatzrechts

Legt man das Augenmerk darauf, welcher Schutz dem Geschädigten gewährt wird, so hat das Schadenersatzrecht folgende Grenzen: **7/52**

1. Grenzen aufgrund der erforderlichen Voraussetzungen

Da durch das Schadenersatzrecht dem Schädiger eine Haftung auferlegt wird, ist es erforderlich, auch auf die Rechte des Schädigers Rücksicht zu nehmen, weshalb bestimmte Gründe – als Mindestanforderung die, dass der Schädiger Rechte des Geschädigten verletzt hat – vorliegen müssen, die es rechtfertigen, dem Schädiger eine Haftung aufzuerlegen. **7/53**

2. Grenzen aufgrund der finanziellen Mittel des Schädigers

Da das Schadenersatzrecht dem Schädiger eine Haftung auferlegt, kommt es letztlich zu keinem Ausgleich des Schadens, wenn der Schädiger nicht über ausreichende Mittel verfügt. **7/54**

3. Grenzen aufgrund des Verfahrens

Da drittens das Schadenersatzrecht eine Durchsetzung der Haftung im Wege eines gerichtlichen Verfahrens vorsieht, besteht das Problem des dadurch entstehenden Zeit- und Kostenaufwands. **7/55**

B. Das Schadenersatzrecht ergänzende Institute – Haftpflichtversicherung

7/56 Hier ist die Haftpflichtversicherung zu nennen, die auf dem Schadenersatzrecht aufbaut, dh eine Haftung des Schädigers wegen Verletzung eines Rechts voraussetzt, und dazu dient, deren Durchsetzbarkeit zu gewährleisten.

1. Bedeutung

7/57 Haftpflichtversicherung bedeutet, dass dann, wenn den Schädiger eine Schadenersatzpflicht trifft, der Versicherer aufgrund dieses Versicherungsereignisses die Versicherungssumme zu leisten hat. Dies setzt voraus, dass der Schädiger zuvor eine Versicherung abgeschlossen und die Versicherungsprämie bezahlt hat.

2. Funktion

7/58 Die Haftpflichtversicherung erfüllt zwei Funktionen: Erstens fördert sie die Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Geschädigten, indem sie sicherstellt, dass der Schädiger über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. Zweitens dient sie dazu, die Belastung durch den Schadenersatz auf mehrere mögliche Schädiger zu verteilen.

C. Vom Schadenersatzrecht unabhängige Institute

7/59 Soweit das Vorliegen einer unerlaubten Handlung vorausgesetzt wird, bestehen einerseits Beschränkungen durch die jeweiligen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe, andererseits obliegen sie letzten Endes einer gerichtlichen Entscheidung, daher stellt sich die Frage nach einer einfacheren und rascheren Abhilfe. Aus diesem Grund werden folgende Institute vorgesehen, die keine unerlaubte Handlung voraussetzen.

1. Abhilfe durch die Gemeinschaft der potentiellen Verursacher – Unfallversicherung

7/60 Zunächst gibt es die Unfallversicherung, bei der eine Gruppe von möglichen Schadensverursachern Mittel aufbringt und unabhängig vom Vorliegen einer unerlaubten Handlung dem Geschädigten eine bestimmte Leistung erbracht wird.

a. Konkrete Beispiele

Auf Grundlage des Arbeiternehmerunfallversicherungsgesetzes[15] von 1947 wird Entschädigung bei Arbeitsunfällen gewährt. Das Gesetz über den Ersatz ua von Gesundheitsschäden durch Umweltverschmutzung[16] von 1973 regelt die Entschädigung bei Gesundheitsschädigung aufgrund von Beeinträchtigungen der Umwelt. Ferner gewährt das Gesetz über die Unterstützung bei Schäden durch Medikamentennebenwirkungen und über Forschungsförderungsfonds[17], nunmehr Gesetz über die Selbstverwaltungskörperschaft »Behörde für Medikamente und Medizinische Hilfsmittel« (2002), Abhilfe bei Schäden durch die Nebenwirkungen eines Medikaments. **7/61**

b. Besonderheiten

Die verschiedenen Versicherungssysteme haben folgende Besonderheiten: **7/62**

Erstens werden die Leistungen ganz oder teilweise durch Beiträge der Gruppe möglicher Verursacher (zB Arbeitgeber, Emittenten von Schadstoffen oder pharmazeutische Unternehmen) finanziert. **7/63**

Zweitens werden die Leistungen auf Grund von bestimmten formalisierten Standards berechnet. Daher wird nicht notwendigerweise der tatsächliche Schaden ersetzt. **7/64**

2. Hilfe durch den Staat – Sozialversicherung

Ferner gibt es das Sozialversicherungssystem, das unabhängig davon, ob eine unerlaubte Handlung vorliegt, auf Kosten des Staates denjenigen Hilfe gewährt, die einen Unfall erlitten haben. **7/65**

a. Entschädigung für Opfer von Straftaten

Es besteht zB auf Grundlage des Gesetzes von 1980 über die Gewährung von Beihilfen an Opfer von Straftaten[18] ein Entschädigungssystem für derartige Opfer. Leistungsempfänger sind hierbei die Hinterbliebenen der durch eine Straftat Getöteten sowie Geschädigte, die durch eine Straftat eine schwere Behinderung erlitten haben. Die Leistung wird auf Grundlage von bestimmten formalisierten Standards **7/66**

15 *Rôdô-sha saigai hoshô hoken-hô,* Gesetz Nr 50/1947 idF Gesetz Nr 63/2012.
16 *Kôgai kenkô higai no hoshô-tô ni kansuru hôritsu,* Gesetz Nr 111/1973 idF Gesetz Nr 44/2013.
17 *Iyaku-hin fuku-sayô higai kyûsai, kenkyû shinkô chôsa kikô-hô,* Gesetz Nr 55/1979 (außer Kraft gesetzt durch Gesetz Nr 192/2002).
18 *Hanzai higai-sha tô kyûfu-kin no shikyû-tô ni yoru hanzai higai-sha tô no shien ni kansuru hôritsu,* Gesetz Nr 36/1980 idF Gesetz Nr 15/2008.

berechnet. Daher wird nicht notwendigerweise der tatsächlich entstandene Schaden ersetzt.

b. Sozialhilfe

7/67 Ferner besteht die Möglichkeit, dass ein Geschädigter, der in Not geraten ist, auf Grundlage des Gesetzes zur Sicherung des Lebensunterhalts[19] von 1950 Unterstützung für medizinische Behandlung und Sozialhilfe erhält.

19 *Seikatsu hogo-hô,* Gesetz Nr 144/1950 idF Gesetz Nr 72/2012.

Teil 2 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

I. Ausgleich des Schadens

Im Schadenersatzrecht stellt sich die Frage, wie einerseits das Ziel, die Rechte des Geschädigten zu schützen, und andererseits das Anliegen, die Rechte des Schädigers nicht übermäßig zu beschränken, miteinander in Einklang gebracht werden können. **7/68**

A. Ausgleich des Schadens – Schutz der Rechte des Geschädigten

Einerseits stellt die Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz des Schadens, der durch den Eingriff eines anderen entstanden ist, das notwendige Mindestmaß des Schutzes der Rechtsgüter dar. Hingegen wäre ein Ersatz, der den Ausgleich des entstandenen Schadens übersteigt, nicht mehr durch den Gedanken des Rechtsschutzes gedeckt. **7/69**

B. Beschränkung der Rechte des Schädigers durch den Schutz des Geschädigten – Achtung der Rechte des Schädigers

Andererseits dürfen durch den dem Geschädigten gewährten Schutz die Rechte des Schädigers nicht übermäßig beschränkt werden. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Umfang eine Beschränkung der Rechte des Schädigers zum Schutz der Rechte des Geschädigten gerechtfertigt ist. **7/70**

II. Prävention und Sanktion

Als Mittel der Abschreckung von der Begehung unerlaubter Handlungen und zur Bestrafung von Tätern stehen Strafen und verwaltungsrechtliche Sanktionen zur Verfügung. Fraglich ist, ob das Recht der unerlaubten Handlungen, das im Unterschied zum Straf- und Verwaltungsrecht zum Bereich des Zivilrechts gehört, ebenfalls als Mittel zur Verwirklichung der genannten Zwecke angesehen werden kann. **7/71**

▷

A. Tatsächliche Funktionen

7/72 Es ist allgemein anerkannt, dass das Recht der unerlaubten Handlungen in der Praxis zusammen mit dem Strafrecht und den verwaltungsrechtlichen Vorschriften auch dazu dient, Täter abzuschrecken bzw deren Verhalten zu sanktionieren.

1. Präventionsfunktion

7/73 Zunächst besteht die Möglichkeit, dass durch das Recht der unerlaubten Handlungen für potentielle Schädiger ein Anreiz gesetzt wird, sorgfältig zu handeln und gefährliche Handlungen zu unterlassen, um so das Entstehen von Schadenersatzpflichten zu vermeiden.

2. Sanktionsfunktion

7/74 Ferner können dadurch, dass Schädigern eine Haftung auferlegt wird, vorhandene Bedürfnisse der Geschädigten oder der Gesellschaft, Vergeltung zu üben und über den Schädiger eine Sanktion zu verhängen, befriedigt werden.

B. Präventions- bzw. Sanktionsfunktion

7/75 Es stellt sich die Frage, ob zum Zweck der Abschreckung des Schädigers bzw der Sanktion beispielsweise ein über die Wiedergutmachung des erlittenen Schadens hinausgehender Strafschadenersatz *(punitive damages)* oder die Gewährung des zwei- bzw dreifachen Betrags des entstandenen Schadens *(multiple damages)* anerkannt werden soll.

1. Bejahung der Präventions- und Sanktionsfunktion

7/76 Eine derartige den Ersatz des tatsächlich erlittenen Schadens übersteigende Zahlung zum Zweck der Prävention bzw Sanktion wird von manchen befürwortet[20], und zwar aufgrund folgender Überlegungen:

7/77 Zunächst bestehe keine eindeutige Grenze zwischen Zivilrecht einerseits und Straf- und Verwaltungsrecht andererseits; wo diese verlaufe, sei vielmehr in jedem Staat unterschiedlich und ändere sich auch im Lauf der Zeit. Jedenfalls zu weitgehend sei es, Elemente der Prävention und Sanktion bei den zivilrechtlichen

20 *Tanaka/Takeuchi,* Hô no jitsugen ni okeru shijin no yakuwari [Die Rolle des Individuums in der Rechtswirklichkeit] (1987) 156 ff.

Regelungen völlig ausschließen zu wollen, da dies eine zu kategorische Unterscheidung zwischen Zivilrecht und Straf- bzw Verwaltungsrecht darstelle.

Betrachte man die Frage ferner unter einem funktionalen Gesichtspunkt, nämlich wie man die Einhaltung der Gesetze besser durchsetzen könne, so müsse man doch die Verhängung von Sanktionen befürworten, wenn dadurch potentielle Täter von der Begehung schädigender Handlungen abgehalten und eine effektivere Durchsetzung der Gesetzeszwecke erreicht werden könne. **7/78**

Schließlich wird in jüngerer Zeit vor dem Hintergrund der ökonomischen Analyse des Rechts auch vertreten, dass der Gedanke des Ausgleichs des dem Geschädigten entstandenen Schadens das geltende Rechte der unerlaubten Handlungen in vielen Punkten nicht rational zu erklären vermöge und daher der Hauptzweck des Rechts der unerlaubten Handlungen vielmehr in der optimalen Verhinderung von rechtswidrigen Handlungen zu sehen sei[21]. **7/79**

2. Ablehnung der Präventions- und Sanktionsfunktion

In Gegensatz zu der eben dargestellten Ansicht ist in Japan jedoch die Meinung vorherrschend, dass ein den Ausgleich des tatsächlichen Schadens übersteigender Ersatz nicht anzuerkennen sei[22]. Dies wird folgendermaßen begründet: **7/80**

Zunächst sehe das japanische Zivilgesetz nur eine mit einem Schaden korrespondierende Ersatzpflicht vor, wie sich auch aus dem Wortlaut des Art 709 ZG ergebe, wonach der Schädiger verpflichtet ist, »den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen«. Ferner seien die Rechte des Geschädigten durch den Ausgleich des tatsächlichen Schadens geschützt; es bestehe kein gerechtfertigtes Interesse daran, einen darüber hinaus gehenden Ersatz zu erhalten. Nur dadurch, dass damit der Verwirklichung der Sanktion bzw Prävention von Schädigungshandlungen gedient werde, lasse sich nicht jedwede den Ersatz des Schadens übersteigende Zahlung rechtfertigen. Auch der Schädiger habe Rechte, deren übermäßige Beschränkung nicht zulässig sei. **7/81**

21 *Morita/Kozuka,* Fuhô kôi-hô no mokuteki [Ziele des Rechts der unerlaubten Handlungen], NBL 874 (2008) 10.

22 OGH vom 11.7.1997, Minshû 51-6, 2573. Siehe ferner *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] (1987) 267; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 85 ff; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I][2] (2009) 50 ff (der jedoch eine Funktion als Buße bzw eine Genugtuungsfunktion anerkennen will). Dagegen geht *Kubota,* Fuhô kôi to seisai [Unerlaubte Handlung und Sanktion], in: Ishida Kikuo sensei koki kinen [Festschrift für Kikuo Ishida zum 70. Geburtstag] (2000) 667; *derselbe,* Songai baishô [Schadenersatz], Jurisuto 1228 (2002) 62, davon aus, dass dem Recht der unerlaubten Handlung eine Sanktionsfunktion zukomme, und befürwortet eine Verwirklichung dieses Zwecks im japanischen Recht im Wege der Schadensberechnung.

Teil 3 Struktur des Rechts der unerlaubten Handlungen

I. Überblick über das System des Deliktsrechts in Japan

7/82 Zunächst soll ein Überblick über die Gesamtstruktur des Deliktsrechts in Japan gegeben werden.

A. Allgemeine Regelung

1. Haftungsvoraussetzungen

a. Grundvoraussetzungen

7/83 Das japanische Zivilgesetz regelt in Art 709 die Grundvoraussetzungen der Deliktshaftung: »Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Recht oder rechtlich geschützte Interesse eines anderen verletzt, haftet für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens«.

7/84 Das japanische Recht besitzt daher wie das französische Recht – aber anders als das deutsche – eine einheitliche Regelung der deliktischen Haftung. Während jedoch das französische Recht das Entstehen eines »Schadens« voraussetzt, nicht aber die Verletzung eines Rechts, ist nach japanischem Recht die Verletzung »des Rechts oder rechtlich geschützten Interesses eines anderen« erforderlich. Rechte oder rechtlich geschützte Interessen iSd Art 709 ZG sind dabei, anders als nach § 823 Abs 1 BGB, nicht auf absolute Rechte beschränkt.

b. Ausschluss der Haftung – Entschuldigungsgründe

7/85 Das japanische ZG sieht folgende Gründe vor, bei denen trotz Vorliegens der oben genannten Grundvoraussetzungen eine deliktische Haftung ausgeschlossen ist:

(1) Mangelnde Verschuldensfähigkeit

7/86 Es ist dies einerseits das Fehlen der Verschuldensfähigkeit. Konkret finden sich Regelungen für zwei verschiedene Fälle. So ist nach Art 712 ZG die Haftung ausgeschlossen, wenn ein Minderjähriger nicht das nötige Einsichtsvermögen besitzt, um zu erkennen, dass sein Handeln verantwortlich machen könnte. Art 713 ZG schließt ferner die Haftung aus, wenn sich jemand aufgrund einer geistigen

Behinderung in einem Zustand befand, in dem ihm die Fähigkeit fehlte, zu erkennen, dass sein Handeln verantwortlich machen könnte. Insofern wird auf die subjektiven Fähigkeiten des konkreten Täters, die aus seiner Handlung entstehende rechtliche Verantwortung zu erkennen, abgestellt; auf dessen Fähigkeit, dieser Einsicht entsprechend zu handeln, kommt es hingegen nicht an.

(2) Notwehr und Notstand

Andererseits schließen Notwehr und Notstand eine Haftung aus (Art 720 ZG). **7/87**

2. Rechtsfolgen

a. Schadenersatz

Als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung sieht das japanische ZG Schadenersatz vor. **7/88**

(1) Anspruchsberechtigter

Zur Frage, wer berechtigt ist, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, gibt es zwei Sonderregelungen. Die eine ist Art 721 ZG, wonach ein ungeborenes Kind für den Schadenersatzanspruch als bereits geboren gilt. Nach der zweiten Sonderregel des Art 711 ZG können bei Tod des Geschädigten auch bestimmte nahe Angehörige Schmerzensgeld fordern. **7/89**

(2) Inhalt

Bezüglich des Inhalts des Schadenersatzes finden sich folgende Regelungen: **7/90**

(i) Art des Ersatzes

Schadenersatz ist in Geld zu leisten (Art 722 Abs 1 iVm Art 417 ZG). **7/91**

(ii) Schaden

Die allgemeine Regel des Art 709 ZG bestimmt lediglich, dass Gegenstand des Ersatzes der »Schaden« ist. Art 710 ZG anerkennt jedoch ausdrücklich auch den Ersatz immaterieller Schäden. **7/92**

(iii) Umfang und Berechnung des Schadenersatzes

Die allgemeine Regelung des Art 709 ZG bestimmt hinsichtlich des Umfangs und der Berechnung des Ersatzes lediglich, dass »der daraus entstandene Schaden« zu ersetzen ist. Art 722 Abs 2 ZG sieht jedoch die Minderung des Schadenersatzes vor, wenn der Geschädigte fahrlässig gehandelt hat (Mitverschulden). **7/93**

▷

(3) *Verjährung*

7/94 Schadenersatzansprüche verjähren nach drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger bzw längstens nach 20 Jahren ab dem Zeitpunkt der unerlaubten Handlung (Art 724 ZG).

b. Weitere Rechtsbehelfe

7/95 Neben dem Schadenersatz in Geld sieht Art 723 ZG bei Ehrverletzungen ausnahmsweise eine Naturalrestitution, nämlich die Wiederherstellung der Ehre, vor.

B. Besondere Regelungen

7/96 Ferner kennt das japanische ZG Sonderregelungen, die die allgemeine Grundregel des Art 709 in Hinblick auf besondere Situationen ergänzen.

1. Unerlaubte Handlung unter Beteiligung mehrerer

7/97 Zunächst gibt es Regelungen zur Beteiligung mehrerer an einer unerlaubten Handlung. Dabei ist wiederum zwischen zwei Fällen zu unterscheiden:

a. Haftung aufgrund der Handlung eines anderen

7/98 Einerseits ist an den Fall zu denken, dass ein anderer als der unmittelbare Schädiger schadenersatzpflichtig wird.

(1) *Zivilgesetz*

7/99 Das Zivilgesetz sieht drei Formen einer derartigen Haftung vor. Erstens kann es nach Art 714 ZG zu einer Haftung des Aufsichtspflichtigen bei schädigendem Verhalten eines nicht Verschuldensfähigen kommen. Zweitens kann es nach Art 715 ZG zu einer Haftung des Geschäftsherrn für schädigendes Verhalten des Verrichtungsgehilfen kommen. Drittens kann es schließlich nach Art 716 ZG zu einer Haftung des Werkbestellers für schädigendes Verhalten des Werkunternehmers kommen.

(2) *Sondergesetze*

7/100 In Sondergesetzen sind ferner insbesondere die folgenden beiden Haftungsarten geregelt: Nach Art 1 Staatshaftungsgesetz[23] haftet der Staat bzw eine Körperschaft öffentlichen Rechts für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung der öffentli-

23 *Kokka baishô-hô,* Gesetz Nr 125/1947.

chen Gewalt des Staates oder einer Körperschaft öffentlichen Rechts bei Ausübung seiner Dienstpflichten rechtswidrig sowie vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen zufügt (Amtshaftung).

Zweitens haftet, wer zum eignen Nutzen ein Auto zum Betrieb zur Verfügung stellt, für den Ersatz des Schadens, der einem anderen durch den Betrieb des Fahrzeugs an Leben oder Körper entstanden ist (Haftung des Kraftfahrzeughalters, Art 3 Gesetz zur Sicherung des Ersatzes von Schäden durch Automobile)[24]. **7/101**

b. Haftung mehrerer Schädiger

Andererseits ist denkbar, dass mehrere Handelnde eine deliktische Haftung trifft. **7/102**
Art 719 ZG bestimmt, dass dann, wenn mehrere gemeinsam eine unerlaubte Handlung begehen, diese Mittäter solidarisch auf Schadenersatz haften.

2. Schädigung durch eine Sache

Ferner bestehen Bestimmungen für den Fall, dass die Schädigung durch eine Sache **7/103**
erfolgt.

a. Zivilgesetz

Das Zivilgesetz sieht in folgenden zwei Fällen eine Haftung vor. **7/104**

Erstens haftet nach Art 717 ZG der Besitzer bzw Eigentümer des Gebäudes, **7/105**
wenn durch eine mangelhafte Errichtung oder Instandhaltung eines Gebäudes einem anderen ein Schaden entsteht.

Zweitens sieht Art 718 ZG eine Haftung des Besitzers oder Verwahrers eines **7/106**
Tieres vor, wenn das Tier einem anderen einen Schaden zufügt (Tierhalterhaftung).

b. Sondergesetze

Im Bereich der sondergesetzlichen Regelungen sind folgende zwei Haftungsarten **7/107**
von besonderer Bedeutung. Erstens haftet der Staat oder die Gebietskörperschaft für den Schaden, der einem anderen durch einen Mangel bei der Errichtung oder Instandhaltung von Straßen, Flüssen oder anderen öffentlichen Konstruktionen entstand (Art 2 Staatshaftungsgesetz). Zweitens haftet der Produzent für den Schaden, wenn durch einen Produktfehler ein anderer an Leben, Körper oder Vermögen verletzt wurde (Art 3 Produkthaftungsgesetz)[25].

---

24 *Jidô-sha songai baisho hoshô-hô,* Gesetz Nr 97/1955 idF Gesetz Nr 53/2013.

25 *Seizô-butsu sekinin-hô,* Gesetz Nr 85/1994.

II. Voraussetzungen der allgemeinen Schadenersatzhaftung: Rechtsverletzung, Rechtswidrigkeit und Verschulden

7/108 Über die allgemeinen Voraussetzungen der Schadenersatzhaftung, besonders über die Verletzung eines »Rechts« und das »Verschulden«, wird seit Inkrafttreten des ZG heftig diskutiert; es bestehen grundlegende Unterschiede zwischen den Ansichten. Da dies zum Verständnis des japanischen Schadenersatzrechts wichtig ist, wird im Folgenden die Entwicklung der Diskussion nachgezeichnet[26].

A. Ausgangspunkt

1. Die Regelung des Art 709 ZG

7/109 Die ursprüngliche Fassung des Art 709 ZG bei Inkrafttreten des ZG lautete: »Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines anderen verletzt, haftet für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens«. Daraus können folgende Voraussetzungen der Schadenersatzhaftung abgeleitet werden: Erstens die *Verletzung eines subjektiven Rechts* eines anderen; zweitens dass der Schädiger *vorsätzlich oder fahrlässig* handelt; und drittens dass das Recht *durch* die vorsätzliche oder fahrlässige Handlung des Schädigers verletzt wird, dh also, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Handlung des Schädigers und der Verletzung des subjektiven Rechts des Geschädigten besteht.

2. Das Verständnis der Verfasser des ZG

7/110 Nach den Verfassern des ZG sind die Voraussetzungen des Art 709 ZG wie folgt zu verstehen[27].

a. Bedeutung der Rechtsverletzung als Haftungsvoraussetzung

7/111 Während das sogenannte alte Zivilgesetz – das vor dem nun geltenden ZG von dem Franzosen *Gustave E. Boissonade* entworfen wurde, aber nie in Kraft trat – so wie der französische Code civil voraussetzte, dass jemand einem anderen einen

26 Vgl *Yamamoto,* Fuhô kôi hôgaku no sai-kentô to aratana tenkai – kenri-ron no shiten kara [Überdenken der Deliktsrechtsdogmatik und neue Entwicklungsaussichten – vom Blickwinkel der *rights theory],* Hôgaku Ronsô 154-4/5/6 (2004) 292.

27 Zur Entstehungsgeschichte des Art 709 ZG siehe *Segawa,* Minpô 709-jô (fuhô kôi no ippan seiritsu yôken) [Art 709 ZG (allgemeine Voraussetzungen der Deliktshaftung)], in: Hironaka/Hoshino (Hrsg), Minpô-ten no hyakunen III [100 Jahre Zivilgesetz III] (1998) 559.

Schaden zufügt[28], verlangt das geltende ZG die *Verletzung eines Rechts.* Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Bereich der Deliktshaftung zu weit ausgedehnt und damit dessen Umfang unklar würde, wenn es allein ausreichend wäre, dass ein *Schaden* zugefügt wurde und somit auch andere Schäden als jene, die durch eine Rechtsverletzung herbeigeführten wurden, umfasst wären.

Der Begriff des »Rechts« wurde dabei weit verstanden und umfasste sowohl **7/112**
Vermögensrechte, einschließlich Forderungen, als auch persönliche Interessen, wie Leben oder Ehre.

b. Bedeutung des Verschuldens als Haftungsvoraussetzung

Ferner geht das ZG vom Verschuldensprinzip aus und verlangt das Vorliegen von **7/113**
Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Dahinter steht der Gedanke, dass unklar würde, wie weit die Freiheit des Einzelnen reicht, wenn ihn selbst dann eine Ersatzpflicht träfe, wenn er mit ausreichender Sorgfalt und ordnungsgemäß gehandelt hat.

Während der Arbeiten am ZG zeigte sich jedoch, dass zwei unterschiedliche **7/114**
Auffassungen vom Verschulden bestanden. Einerseits wurde Verschulden verstanden als »nicht das tun, was man tun sollte« bzw »etwas tun, was man nicht tun sollte«, somit also im Sinne einer Verletzung objektiver Pflichten. Andererseits wurde das Verschulden aber als Frage der geistigen Verfassung des Schädigers angesehen, also als subjektiver psychischer Zustand des Handelnden.

B. Das Entstehen der traditionellen Ansicht

Die eben dargestellte Ansicht, die von zwei Haftungsvoraussetzungen, nämlich **7/115**
Rechtsverletzung sowie Vorsatz bzw Fahrlässigkeit ausging, wurde in weiterer Folge umfassend revidiert. Zunächst betraf dies vor allem die Voraussetzung der Rechtsverletzung.

1. Wende der Rechtsprechung

a. Rechtsprechung in der Anfangszeit

Zu Beginn verstand die Rechtsprechung den Begriff des »Rechts« sehr eng und sah **7/116**
nur dann eine Schadenersatzhaftung vor, wenn ein bereits in der Rechtsordnung anerkanntes Recht verletzt wurde[29].

---

28 Art 370 Abs 1 altes ZG lautete in Anlehnung an die französische Formulierung, die auf *faute* und *négligence* abstellt: »Wer schuldhaft oder fahrlässig einem anderen einen Schaden zufügt, haftet für dessen Ersatz«.

29 RGH vom 4. 7. 1914, Keiroku 20, 1360 (Tôchûken Kumoemon-Fall).

b. Änderung der Rechtsprechung

7/117 In weiterer Folge wuchs aber – einhergehend mit einem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse – die Zahl der sozialen Interessen, die durch das Schadenersatzrecht geschützt werden sollten. Die Rechtsprechung schlug daher einen anderen Weg ein, um der neuen Situation gerecht zu werden. Zunächst wurde es als ausreichend angesehen, wenn ein »rechtlich geschütztes Interesse« verletzt wurde[30]. Später wurde der Begriff der unerlaubten Handlung als eine »Handlung wider ein gesetzliches Gebot oder Verbot« verstanden und die Voraussetzung einer *Rechts*verletzung umgedeutet in die Verletzung eines anderen *durch eine rechtswidrige Handlung.*

2. Die Entwicklung der herrschenden Lehre – von der Rechtsverletzung zur Rechtswidrigkeit

a. Das Entstehen der Lehre von der Rechtswidrigkeit

7/118 Entsprechend dem Wandel der Rechtsprechung wurde auch in der Lehre vertreten, dass nicht eine Rechtsverletzung, sondern Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Deliktshaftung sei[31]. Dies wurde wie folgt begründet.

(1) Verständnis der Rechtsordnung

7/119 Dieser neuen Lehre lag folgendes Verständnis der Rechtsordnung zugrunde: Die Rechtsordnung wurde als aus den einzelnen positiven Rechtsnormen, insbesondere dem Gesetzesrecht und dem Gewohnheitsrecht, zusammengesetzt angesehen. Dabei ist nach dieser Ansicht zwischen Gebotsnormen und Erlaubnisnormen zu unterscheiden. Gebotsnormen seien Normen, die ein Tun oder Unterlassen gebieten, während Erlaubnisnormen nicht bloß Gebote oder Verbote erließen, sondern positiv festlegten, dass eine bestimmte Handlung zulässig sei. Bei diesen ausdrücklichen Rechtsnormen gebe es auch Lücken, die im Einklang mit der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten als Grundprinzipien des gesamten Rechtssystems zu füllen seien.

(2) Bedeutung der Rechtsverletzung

7/120 Auf Grundlage des eben Ausgeführten wurden subjektive Rechte als Konkretisierung der Rechtsordnung (der Erlaubnisnormen) verstanden. Eine Rechtsverletzung ist damit als Verstoß gegen die Rechtsordnung als solche ohne weiteres als rechtswidrig anzusehen.

---

30 RGH vom 28.11.1925, Minshû 4, 670 (Daigaku-yu-Fall).

31 *Suekawa,* Kenri shingai-ron [Lehre von der Rechtsverletzung] (1949, Erstauflage 1930).

(3) *Von der Rechtsverletzung zur Rechtswidrigkeit*

Weil – wie eben ausgeführt – eine Rechtsverletzung als solche bereits allgemein als rechtswidrig anzusehen sei, müsse die im ZG normierte Haftungsvoraussetzung der Rechtsverletzung so verstanden werden, dass die Handlung, durch die einem anderen ein Schaden zugefügt werde, rechtswidrig sein müsse. Nach dieser Ansicht ist »Rechtsverletzung« nur ein Ausdruck für eine rechtlich nicht zu billigende Handlung, dh also für eine Handlung, die als rechtswidrig zu beurteilen ist, da sie gegen die Rechtsordnung verstößt. **7/121**

Daher sei auch dann eine Haftung anzuerkennen, wenn zwar keine Rechtsverletzung vorliege, aber die Handlung des Schädigers sonst als rechtswidrig zu bewerten sei. Wenn also aufgrund der Verletzung eines Gebotsgesetzes oder eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten Rechtswidrigkeit vorliege, so sei eine Schadenersatzhaftung selbst dann anzuerkennen, wenn man nicht von einer Rechtsverletzung ausgehen könne. **7/122**

b. Beurteilung der Rechtswidrigkeit

In weiterer Folge wurde jene Ansicht, die die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung ansah, herrschend. Nach ihr sind zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Grad der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die verletzten Interessen und der Grad der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die Art und Weise der Eingriffshandlung umfassend zu beurteilen, sowie ihr Verhältnis zueinander zu berücksichtigen[32]. **7/123**

(1) *Grad der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die verletzten Interessen*

Was die verletzten Interessen betrifft, so gibt es graduelle Abstufungen zwischen bereits klar umrissenen Rechten und solchen Rechten, die sich erst im Entwicklungsstadium befinden. Die Rechtswidrigkeit ist größer bei Verletzung eines starken Rechts im Gegensatz zur Verletzung eines schwächer ausgeprägten Rechts. **7/124**

(i) Herrschaftsrechte in Bezug auf das Vermögen

Da bei dinglichen Rechten als absoluten Rechten die unmittelbare Herrschaft über eine Sache gegenüber jedermann geschützt ist, ist eine Verletzung dieser Rechte in hohem Maße rechtswidrig. Auch die Verletzung von Urheber-, Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- oder Markenrechten, die ebenfalls gegenüber jedermann geschützt sind, ist in hohem Maße rechtswidrig. **7/125**

---

32 Vgl *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] (1937) 100 f, 125 f; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] (1974) 35 ff, 106 ff.

(ii) Forderungen und Erwerbsrechte

7/126 Bei Forderungen, denen im Gegensatz dazu keine ausschließliche Wirkung zukommt, wird eine Verletzung hingegen erst durch die Art und Weise der Handlung, zB durch die Verwendung unlauterer Mittel, rechtswidrig. Soweit es um Eingriffe in den Gewerbebetrieb geht, wird die Rechtswidrigkeit auf Grund der Art und Weise der Eingriffshandlung bestimmt. Auch wenn der Gewerbebetrieb einen eigenständigen Vermögenswert hat, handelt es sich doch um kein so festumrissenes Recht wie das Eigentumsrecht, so dass die Art und Weise der Eingriffshandlung entscheidend ist.

(iii) Persönlichkeitsgüter

aa. Leben und Körper

7/127 Die Verletzung von Leben und Körper ist selbstverständlich rechtswidrig.

bb. Freiheit und Ehre

7/128 Hingegen ist ein Eingriff in die Freiheit nicht jedenfalls rechtswidrig, es kommt vielmehr auf die Verletzungshandlung an. Daher muss nicht zwingend auf die Verletzung eines Freiheitsrechts abgestellt werden, sondern es ist ausreichend, wenn aufgrund der Art und Weise der Eingriffshandlung die Rechtswidrigkeit begründet werden kann. Die Verletzung der Ehre ist genauso wie die Verletzung der Freiheit zu behandeln; die Rechtswidrigkeit ist daher anhand der Art und Weise der Eingriffshandlung zu beurteilen.

cc. Recht am Namen, Recht am eigenen Bild und Ruf

7/129 Das Recht am Namen, am eigenen Bild und hinsichtlich des Rufs uä sind zwar rechtlich anerkannt, aber keine absoluten Rechte. Daher ist auf die Art und Weise der Eingriffshandlung abzustellen; nur bei Verletzung eines Gesetzes oder der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten liegt Rechtswidrigkeit vor.

(2) Grad der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Art und Weise der Verletzungshandlung

7/130 Im Bereich zwischen der Ausübung eines Rechts und einem Verstoß gegen ein Gesetz nimmt der Grad der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Art und Weise der Verletzungshandlung graduell zu. Wird durch eine Handlung, die eine Straftat darstellt, einem anderen ein Schaden zugefügt, so ist diese Schädigungshandlung ganz klar rechtswidrig. Bei Verstoß gegen ein verwaltungsrechtliches Verbotsgesetz ist Rechtswidrigkeit im Sinne des Deliktsrechts nur dann gegeben, wenn der Zweck des verwaltungsrechtlichen Verbotsgesetzes im Schutz individueller Interessen liegt. Zielt das verwaltungsrechtliche Verbotsgesetz auf den Schutz individueller Interessen und wird durch den Verstoß gegen das Gesetz dem zu Schützenden ein Schaden zugefügt, so liegt Rechtswidrigkeit vor. Ferner ist auch dann

Rechtswidrigkeit anzunehmen, wenn zwar nicht unmittelbar gegen ein bestimmtes Gesetz, aber gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten verstoßen wurde. Was die Ausübung eines Rechts betrifft, so ist zwar die Ausübung innerhalb eines angemessenen Rahmes nicht rechtswidrig, wenn aber Rechtsmissbrauch vorliegt, so ist dies rechtswidrig.

(3) Beurteilung des Grads der Rechtswidrigkeit im Verhältnis zueinander

Die Beurteilung des Grads der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die verletzten Interessen und des Grads der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die Art und Weise der Eingriffshandlung in ihrem Verhältnis zueinander ist anhand der folgenden Richtlinien vorzunehmen[33]. Die Rechtswidrigkeit ist am stärksten, wenn ein absolutes Recht durch eine gesetzwidrige Handlung verletzt wird. Hingegen ist die Rechtswidrigkeit am schwächsten, wenn ein Recht, das gerade erst innerhalb der gesellschaftlichen Verhältnisse im Entstehen begriffen ist, durch die Ausübung eines Rechts verletzt wird. Bei Verletzung eines Rechts hingegen, dessen absolute Wirkung schwach ausgeprägt ist oder dessen Inhalt unbestimmt ist, muss besonders auf die Art und Weise der Verletzungshandlung abgestellt werden. **7/131**

3. Der Verschuldensbegriff

Die Voraussetzungen des Verschuldens wurden nach der früheren herrschenden Lehre wie folgt verstanden[34]. **7/132**

a. Subjektive Seite des Verschuldensbegriffs

Fahrlässigkeit wurde als mangelnde Sorgfalt verstanden, die voraussetzt, dass der Täter geistig in der Lage gewesen wäre, den Erfolg der Handlung vorherzusehen. Das bedeutet, dass das Verschulden als subjektive Haftungsvoraussetzung angesehen wurde. **7/133**

b. Objektive Seite des Verschuldensbegriffs

Als Sorgfaltsmaßstab wurde dabei aber jenes Maß an Sorgfalt zugrunde gelegt, das das Gesetz von jedem Mitglied der Gesellschaft fordert. Wer bei Anwendung **7/134**

---

33 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 126. Hier kann man eine Ähnlichkeit zum beweglichen System erkennen.

34 Vgl *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 103 ff; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 64 ff.

der für Mitglieder der Gesellschaft erforderlichen Sorgfalt das Ergebnis erkennen hätte können, aber dieses Maß an Sorgfalt nicht aufgebracht hat, handelt demnach fahrlässig. Dies entspricht einem objektiven Verständnis des Verschuldens.

C. Verwirrung in der deliktsrechtlichen Lehre

7/135 Vor dem Hintergrund einer Zunahme deliktsrechtlicher Prozesse in den 1960er und 1970er Jahren wurde die Richtigkeit der oben dargestellten traditionellen Lehre hinterfragt. Es kam dabei zu heftigen Konfrontationen zwischen jenen, die eine Abkehr von bzw Anpassung der Rechtswidrigkeitstheorie forderten, und jenen, die für eine Beibehaltung und Verschärfung der Rechtswidrigkeitstheorie eintraten[35].

1. Einheitlicher Verschuldensbegriff

7/136 Jene Ansicht, die für eine Abkehr von oder Abänderung der Rechtswidrigkeitstheorie eintrat, lehnte die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung ab und vertrat, dass die Rechtswidrigkeit bereits im Verschulden miteinbegriffen sei[36].

a. Argumente für die Einheitlichkeit

(1) Ablehnung des Konzepts der Rechtswidrigkeit

7/137 Die genannte Ansicht sieht aus den folgenden Gründen heutzutage keinen Sinn mehr in der Anwendung des Konzepts der Rechtswidrigkeit. Dieses hatte den Zweck, den Begriff des »Rechts« in Art 709 ZG zu erweitern. Aber durch die Entwicklung von der »Rechtsverletzung« hin zur »Rechtswidrigkeit« habe das Konzept der Rechtswidrigkeit nunmehr keine Funktion mehr. Eine Beschränkung der Deliktshaftung werde großteils nicht im Wege der Haftungsvoraussetzung der Rechtsverletzung, sondern durch jene des Verschuldens erzielt.

7/138 Auch wenn man sich die Rechtsprechung ansehe, würde die Rechtswidrigkeit keine vom Verschulden getrennte, eigenständige Funktion als Haftungsvoraussetzung erfüllen. Tatsächlich werde in vielen Urteilen überhaupt nicht auf die Rechtswidrigkeit abgestellt. Selbst wenn die Rechtswidrigkeit herangezogen werde, dann nur dazu, um das Vorliegen einer unerlaubten Handlung zu begründen oder abzulehnen, aber nicht im Gegensatz zur subjektiven Voraussetzung des Verschuldens.

---

35 *Sawai,* Fuhô kôi hôgaku no konmei to tenbô – ihô-sei to kashitsu [Verwirrungen in der Dogmatik zur unerlaubten Handlung und Ausblick: Rechtswidrigkeit und Verschulden], Hôgaku Seminâ 296 (1979) 72.

36 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 21 ff. Genauer hierzu siehe *derselbe,* Songai baishô-hô no riron [Theorie des Schadenersatzrechts] (1971) 307 ff.

(2) Zusammenfallen mit dem Verschulden

Aus diesen Gründen sei es heute nicht mehr möglich, die Trennung zwischen der Rechtswidrigkeit als objektiver Haftungsvoraussetzung und dem Verschulden als subjektiver Haftungsvoraussetzung aufrechtzuerhalten; vielmehr müsse man davon ausgehen, dass ein objektiviertes Verschulden zentraler Maßstab für die normative Beurteilung des Vorliegens einer unerlaubten Handlung geworden sei. Dies beruht auf folgenden Überlegungen. **7/139**

Zunächst sei die Zahl der Urteile, die von einem Verschulden im Sinne eines Verstoßes gegen eine rechtliche Handlungspflicht ausgehen, rasant gestiegen. Dies zeige, dass das Verschulden mit der Rechtswidrigkeit zusammenfalle. **7/140**

Dieses Phänomen beruhe auf der Notwendigkeit, dem Wandel des gesellschaftlichen Lebens Rechnung zu tragen. In der heutigen Gesellschaft zeigten sich folgende qualitative Veränderungen, die zu einem Anstieg der Gefahr einer Rechtsverletzung führten. So habe es beispielsweise nicht nur große Fortschritte bei Transportmitteln mit hoher Geschwindigkeit, wie etwa Zügen oder Autos, und einen Anstieg der Zahl jener Unternehmen gegeben, die gefährliche Stoffe, wie Strom oder Gas, erzeugten und dabei gefährliche Maschinen verwendeten, sondern es sei auch der soziale Kontakt zwischen den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft intensiver geworden. **7/141**

Dadurch sei das Schutzbedürfnis gestiegen und, um diesen neuen Anforderungen gerecht zu werden, sei es notwendig, das Augenmerk vor allem darauf zu legen, ob jemand nicht das getan hat, was er tun sollte, oder etwas getan hat, was er nicht tun sollte, und nicht darauf abzustellen, ob jemand den Willen, das Entstehen eines Schadens zu vermeiden, ausreichend angespannt habe. Daher sei es unvermeidlich, dass das Verschulden als Verstoß gegen eine Handlungspflicht verstanden werde. **7/142**

b. Beurteilungsmaßstab für das Verschulden

Ob ein Verschulden in diesem Sinne vorliege, sei auf folgende Weise zu beurteilen: **7/143**

(1) Bedeutung des Verschuldens

Verschulden setzte Vorhersehbarkeit der Verantwortlichkeit voraus und bedeutete daher den Verstoß gegen eine erkennbare Pflicht, so zu handeln, dass das Risiko des Entstehens eines Schadens vermieden werde. **7/144**

(2) Abwägungselemente – Learned Hand-Formel

Ob eine derartige Handlungspflicht vorliege und wenn ja, in welchem Umfang, sei unter Bezugnahme auf die *Learned Hand-Formel* des US-amerikanischen Rechts anhand einer Abwägung der folgenden Elemente zu beurteilen. Es seien dies einerseits die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (die Wahrscheinlichkeit, **7/145**

dass ein nachteiliger Erfolg eintritt, der von der als schuldhaft beurteilten Handlung verursacht wurde), dh die Gefährlichkeit, und das Gewicht des verletzten Interesses (das Gewicht des Interesses, das voraussichtlich durch die Handlung verletzt wird) und andererseits die Interessen, die durch die Erfüllung der Handlungspflicht beeinträchtigt werden. Überwögen die ersten beiden Elemente das dritte, so sei eine Handlungspflicht anzuerkennen.

2. Striktere Anwendung der Lehre von Rechtswidrigkeit und Verschulden

7/146 Dagegen wurde auch die Ansicht vertreten, dass der theoretische Rahmen der traditionellen Lehre – Rechtswidrigkeit und Verschulden – beizubehalten sei, wobei versucht wurde, diesen sogar noch strikter und präziser anzuwenden.

a. Vorwurf gegenüber dem Schädiger

7/147 Nach dieser Ansicht gründet sich die Deliktshaftung auf einen Vorwurf gegenüber dem Schädiger. Daher seien für die Zurechnung der Schadenersatzpflicht des Schädigers, folgende zwei Stufen eines möglichen Vorwurfs erforderlich[37]. Die erste sei ein allgemeiner, objektiver Vorwurf in Hinblick auf die Handlung. Dies entspreche der Rechtswidrigkeit. Das zweite sei ein individueller, subjektiver Vorwurf gegenüber dem Handelnden. Dies entspreche dem Verschulden.

b. Begriff der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens

7/148 Wie Rechtswidrigkeit und Verschulden zu verstehen sind, ist auch innerhalb dieser Ansicht strittig.

7/149 Besonders problematisch ist dabei, ob das Wesen des Unrechts im Ergebnis (Erfolgsunrecht) oder im Verhalten (Verhaltensunrecht) zu sehen ist.

(1) Erfolgsunrecht

7/150 Nach der Erfolgsunrechtslehre ist die Tatsache, dass ein Erfolg, nämlich die Verletzung eines Rechts oder rechtlich geschützten Interesses, herbeigeführt wurde, bzw die Gefahr, dass dies geschehen wird, Unrecht. Dies schließt – soweit man rechtlich geschützte Interessen nur auf jene einzelner Personen beschränkt versteht – an die traditionelle Sichtweise an, wonach Rechte vor Eingriffen oder Gefährdung geschützt werden.

37 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 276 ff; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 102 ff.

(2) Verhaltensunrecht

Die Lehre vom Verhaltensunrecht hingegen geht davon aus, dass das Unrecht im Verstoß gegen eine von der Rechtsordnung bestimmte Handlungspflicht begründet ist. Diese Lehre begann Verbreitung zu finden, da die Erfolgsunrechtslehre vor dem Hintergrund des modernen Phänomens der »erlaubten Gefahr« nicht länger aufrechterhalten werden konnte. **7/151**

(i) Zunahme von nützlichen, aber gefährlichen Tätigkeiten

In der heutigen Gesellschaft ist dadurch, dass Wissenschaft und Technik hoch entwickelt sind und auch die sozialen Kontakte zwischen den Menschen vielfältiger geworden sind, das Potential, andere zu gefährden, immens gestiegen. Würde man jedoch zB ärztliche Behandlungen, die Verwendung von Verkehrsmitteln oder das Betreiben von Fabriken auf Grund ihrer Gefährlichkeit als rechtswidrige Handlungen ansehen und die Haftung in weitem Umfang anerkennen, so würde dies zu einer Lähmung des gesellschaftlichen Lebens führen. **7/152**

(ii) Beschränkung der Haftung – Verletzung einer Handlungspflicht

Auf Grund von Handlungen, die zwar gefährlich sind, die aber erlaubt werden müssen, da sie für die Allgemeinheit nützlich sind, kommt es nur dann zu einer Haftung, wenn die Handlung nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, dh gegen eine Handlungspflicht verstößt. **7/153**

3. Abkehr von der Struktur mit Rechtswidrigkeit und Verschulden

Im Gegensatz zum oben Ausgeführten findet man in der Lehre aber auch eine Bestrebung, vom deutschen Modell der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden abzurücken. Nach dieser Ansicht sei es nicht erforderlich, mit der Rechtswidrigkeit etwas als Voraussetzung in Art 709 ZG hineinzulesen, was dem ZG ursprünglich fremd sei. Es sei vielmehr ausreichend dem Wortlaut entsprechend auf Vorsatz bzw Fahrlässigkeit und eine Rechtsverletzung abzustellen[38]. **7/154**

38 *Hoshino,* Koi, kashitsu, kenri shingai, ihô-sei [Vorsatz/Fahrlässigkeit, Rechtsverletzung, Rechtswidrigkeit], in: derselbe, Minpô ronshû dai-6-kan [Gesammelte Aufsätze zum Zivilrecht Bd 6] (1986) 307; *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] (1993) 114 ff; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] (1987) 251 ff.

a. Rechtsverletzung

7/155 Rechtsverletzung ist nach dieser Ansicht eine Voraussetzung, die sich auf den Erfolg der schädigenden Handlung bezieht. Es gehe hier darum, was das verletzte Interesse, dh rechtliche schutzwürdige Interesse, sei.

b. Vorsatz und Fahrlässigkeit

7/156 Vorsatz bzw Fahrlässigkeit hingegen sei eine Voraussetzung, die sich auf die schädigende Handlung selbst beziehe. Es gehe dabei also um die Art und Weise der Verletzungshandlung, dh eine Handlungspflichtverletzung.

D. Rückkehr zur liberalistischen rights thesis

7/157 In jüngerer Zeit wird auch eine Ansicht vertreten, die ausgehend von subjektiven Rechten versucht, die Voraussetzungen der Deliktshaftung zu bestimmen (rights thesis)[39].

7/158 Diese Ansicht will das Deliktsrecht unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Grundrechte neu konzipieren. Dem liegen folgende Gedanken zu Grunde.

1. Notwendigkeit des Rechtsschutzes

a. Rechte und rechtlich geschützte Interessen, die Gegenstand des Deliktsrechts sind

7/159 Diese Ansicht setzt voraus, dass die Rechte und rechtlich geschützten Interessen, die Gegenstand des Deliktsrechts sind, mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten gleichzusetzen sind. So entsprächen etwa das Eigentum sowie die anderen dinglichen Rechte, Immaterialgüterrechte und Forderungsrechte den verfassungsrechtlich geschützten Vermögensrechten (Art 29 JV). Leben, Körper, Gesundheit, Ehre, Privatsphäre, Name und das eigene Bild entsprechen den durch die Verfassung geschützten Persönlichkeitsrechten sowie dem Recht auf Streben nach Glück (Art 13 JV). Die verschiedenen Freiheitsrechte finden ihre Entsprechung neben den von der Verfassung geschützten geistigen und wirtschaftlichen Freiheitsrechten auch in der allgemeinen Handlungsfreiheit sowie dem Recht auf Streben nach Glück (Art 13 JV).

39 *Yamamoto,* Kôjo ryôzoku-ron no sai-kôsei [Neukonzeption der Lehre von der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten] (2000) 270 ff; *derselbe,* Kihon-ken no hogo to fuhô kôi-hô no yakuwari [Der Schutz der Grundrechte und die Rolle des Deliktsrechts], Minpô kenkyû 5 (2008) 77; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 25 f.

b. Deliktsrecht als System zum Schutz der Grundrechte

Das Deliktsrecht wird nach dieser Ansicht als System verstanden, um die genannten Grundrechte des Einzelnen vor Eingriffen durch andere zu schützen[40]. **7/160**

2. Einschränkung von Rechten durch Rechtsschutz

Wenn man jedoch, wie vorhin ausgeführt, eine deliktische Haftung zum Schutz der Rechte des Geschädigten anerkennt, so führt dies zu einer Einschränkung der Rechte des Schädigers. **7/161**

a. Übermaßverbot

Hier werden nicht nur die Rechte des Schädigers anerkannt, sondern es besteht auch ein Verbot einer übermäßigen Einschränkung durch den Staat. Sofern jedoch nicht gegen dieses Übermaßverbot verstoßen wird, ist ein Schutz der Grundrechte des Geschädigten erforderlich. **7/162**

b. Bedeutung des Verschuldensprinzips

Vorsatz und Fahrlässigkeit als Voraussetzungen des gegenwärtigen Deliktsrechts werden als Haftungsvoraussetzungen verstanden, die gerade dazu dienen, die Rechte des Schädigers nicht übermäßig einzuschränken. Würde dem Schädiger auch dann eine Haftung auferlegt, wenn er nicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, wäre dies eine übermäßige Einschränkung der Rechte des Schädigers. Man kann daher das Verschuldensprinzip als ein Mittel ansehen, um eine derart übermäßige Belastung zu vermeiden. **7/163**

40 *Yamamoto,* Hôgaku Ronsô 133-4 (1993) 16.

Teil 4 Vertragshaftung und Deliktshaftung

I. Schadenersatz[41]

A. Die Regelung des ZG

1. Voraussetzungen der Vertragshaftung

7/164 Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung sind in Art 415 ZG geregelt. Gemäß dieser Bestimmung kann, wenn der Schuldner seine Verpflichtung nicht entsprechend dem wesentlichen Inhalt der Schuld erfüllt, der Gläubiger den Ersatz des daraus entstehenden Schadens verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.

a. Nichterfüllung

7/165 Art 415 ZG regelt in Satz 1 die Nichterfüllung und in Satz 2 die Unmöglichkeit. Es war jedoch nicht Absicht der Verfasser des ZG einen Unterschied zwischen beiden Fällen zu machen. Satz 2 wurde vielmehr nur deshalb hinzugefügt, weil die Verfasser des ZG befürchteten, dass der Ausdruck »Nichterfüllung« zu dem Missverständnis Anlass geben könne, die Unmöglichkeit sei davon nicht miterfasst. Nach dem Willen der Verfasser fällt die Unmöglichkeit hingegen selbstverständlich unter den Begriff der Nichterfüllung.

b. Vertretenmüssen des Schuldners

7/166 Das Vertretenmüssen des Schuldners wurde ferner als notwendige Haftungsvoraussetzung nicht nur für den Fall der Unmöglichkeit, sondern allgemein für die Nichterfüllung angesehen[42]. Es ist daher unstrittig, dass die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung einerseits die Nichterfüllung und andererseits das Vertretenmüssen des Schuldners sind.

---

41 Siehe *Yamamoto,* Vertragsrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) 502 ff.

42 Zur Entstehungsgeschichte des Art 415 ZG siehe *Nakata,* Minpô 415-jô, 416-jô (Saimu fu-rikô ni yoru songai baishô) [Art 415 und Art 416 ZG (Schadenersatz wegen Nichterfüllung)], in: Hironaka/ Hoshino (Hrsg), Minpô-ten no hyaku-nen III [100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch Bd 3] (1998) 1 ff. Vgl auch *Kitagawa,* Rezeption und Fortbildung des europäischen Rechts in Japan (1970) 37 ff.

2. Probleme

Problematisch ist jedoch die jeweilige Bedeutung der beiden Voraussetzungen im Einzelnen. Dies wurde in der japanischen Lehre bislang heftig diskutiert, teilweise auch unter dem Einfluss ausländischer Rechtsordnungen. In Hinblick auf das Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktshaftung ist hier insbesondere die Diskussion zum Begriff der Nichterfüllung von Bedeutung. **7/167**

B. Der Begriff der Nichterfüllung

1. Differenzierung nach Art der Nichterfüllung

a. Argumentation

Die traditionelle Lehre[43] stellt auf die Art der Nichterfüllung ab und sieht in Art 415 ZG eine Regelung von drei Arten der Nichterfüllung, nämlich Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung. Unter Schlechterfüllung werden dabei die Fälle der Mangelhaftigkeit des Leistungsgegenstandes, der Erbringung der Leistung in mangelhafter Weise sowie des Mangels an der notwendigen Sorgfalt bei der Erbringung der Leistung verstanden. **7/168**

b. Rezeption der deutschen Lehre

Diese Lehre steht ganz offensichtlich unter dem starken Einfluss des deutschen Rechts. Das japanische ZG unterscheidet jedoch an sich nicht zwischen diesen drei Formen der Nichterfüllung, sondern normiert einheitliche Voraussetzungen für die Nichterfüllung. Ungeachtet dessen legte die traditionelle Lehre das japanische ZG jedoch so aus, als würde es die gleichen Regelungen wie das deutsche BGB enthalten. Dieses Phänomen war in der japanischen Rechtswissenschaft in den 1910er bis 1930er Jahren allgemein stark ausgeprägt und wird als Theorienrezeption bezeichnet[44]. **7/169**

2. Abstellen auf die Struktur des Schuldverhältnisses

a. Argumentation

Demgegenüber versucht die neuere Lehre seit den 1960er Jahren die Voraussetzungen der Nichterfüllung nicht auf Grundlage der Art der Nichterfüllung, son- **7/170**

43 Vgl *Wagatsuma,* Shintei saiken sôron – Minpô kôgi IV [Allgemeines Schuldrecht – Lehrbuch zum bürgerlichen Recht IV]² (1964) 98 ff, 143 ff, 150 ff.

44 Vgl *Kitagawa,* Rezeption und Fortbildung 23 ff, 68 ff; *derselbe,* Nihon hôgaku no rekishi to riron [Geschichte und Theorie der japanischen Rechtswissenschaft] (1968).

dern durch eine Analyse der geschuldeten Pflichten zu klären[45]. Dabei wird etwa je nach dem, was Gegenstand der Pflicht ist, unterschieden zwischen Leistungspflichten, die auf das Leistungsinteresse gerichtet sind, und Schutzpflichten, die auf das Integritätsinteresse gerichtet sind. Erstere werden noch weiter in Pflichten zur Erbringung der Leistung, Pflichten zur Verwirklichung des Leistungserfolgs sowie Nebenpflichten unterteilt.

b. Einfluss des deutschen Rechts

7/171 Diese Lehre ist ganz offensichtlich stark von der nach dem zweiten Weltkrieg in Deutschland entwickelten Lehre von den Leistungsstörungen beeinflusst. Diese will neben dem Verzug und der Unmöglichkeit, die im BGB normiert sind, auch die positive Forderungsverletzung bzw Vertragsverletzung als Leistungsstörung anerkennen. Das führt dazu, dass geklärt werden muss, wozu sich der Schuldner im Schuldverhältnis verpflichtet hat. Die von der deutschen Lehre entwickelte Analyse der Pflichten wurde auch in Japan in die Auslegung der Nichterfüllung nach Art 415 ZG integriert.

3. Von der einheitlichen Nichterfüllungslehre zur Lehre von der Vertragsverletzung

a. Einheitliche Nichterfüllungslehre

7/172 In den 1970er und 1980er Jahren gewann hingegen eine Ansicht zunehmend an Bedeutung, nach der Art 415 des japanischen ZG auf einem anderen Gedanken als die Regelung des deutschen BGB beruhe und keine Notwendigkeit dafür bestehe, ihn auf eine dem deutschen Recht entsprechende Weise auszulegen[46]. Art 415 ZG normiere vielmehr einheitliche Tatbestandsvoraussetzungen für den Fall, dass der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend leistet. Es bestehe kein Grund dafür, dies anders auszulegen und zwischen Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung zu unterscheiden. Art 415 ZG umfasse ganz selbstverständlich auch die Schlechterfüllung und die positive Forderungsverletzung, so dass hier keine Lücke bestehe. Es sei daher nicht notwendig, darüber zu diskutieren, ob Schutzpflichten als eigene Kategorie von vertraglichen Pflichten, die keine Leistungspflichten sind, anerkannt werden müssen oder nicht. Für die

45 Vgl *Kitagawa,* Keiyaku sekinin no kenkyû [Untersuchung der Vertragshaftung] (1963) 349 ff; *Okuda,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht] (1992) 15 ff; *Maeda,* Kôjutsu saiken sôron [Vorlesung Allgemeines Schuldrecht]³ (1993) 120 ff; *Shiomi,* Keiyaku kihan no kôzô to tenkai [Struktur der Vertragsnormen und ihre Entwicklung] (1991).

46 Vgl *Hoshino,* Minpô gairon III [Grundriss des bürgerlichen Rechts III] (1978) 45 f; *Hirai,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht]² (1994) 47 ff.

Anwendung von Art 415 ZG sei es ausreichend zu prüfen, ob der Schuldner dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend geleistet hat oder nicht.

b. Lehre von der Vertragsverletzung

Die entscheidende Frage ist also, was der wesentliche Inhalt der Schuld ist. Im vertraglichen Schuldverhältnis wird dieser gerade durch den Vertrag bestimmt. Verfolgt man diesen Gedankengang weiter, so ist die Nichterfüllung als Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht gemäß Art 415 ZG im Sinne einer Vertragsverletzung zu verstehen[47]. **7/173**

II. Erweiterung der vertraglichen Pflichten hinsichtlich ihres Gegenstandes – Schutz des Integritätsinteresses[48]

A. Problematik

1. Verletzung des Integritätsinteresses im Vertragsverhältnis

Im Vertragsverhältnis kann das Integritätsinteresse einer Partei durch die andere verletzt werden. Es stellt sich dabei die Frage, ob die verletzte Partei in diesem Fall von der anderen Schadenersatz wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten verlangen kann. Es handelt es sich hierbei um die Problematik, ob die Pflichten zum Schutz des Integritätsinteresses des Vertragspartners, die sogenannten Schutzpflichten, auch als vertragliche Pflichten anzuerkennen sind. **7/174**

2. Unterschiede zwischen Delikts- und Vertragshaftung

Wird das Integritätsinteresse einer Partei verletzt, so kann man dies auch als einen Fall der Deliktshaftung ansehen. Nach den deliktsrechtlichen Vorschriften verjährt ein Schadenersatzanspruch jedoch in drei Jahren ab dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt (Art 724 Satz 1 **7/175**

47 Vgl *Shiomi,* Saiken sôron I [Schuldrecht Allgemeiner Teil I]² (2003) 22 ff; *derselbe,* Sôron – Keiyaku sekinin-ron no genjo to kadai [Allgemeiner Teil – Gegenwärtiger Stand und Aufgaben der Vertragshaftungslehre], Jurisuto 1318 (2006) 82 ff; *Yamamoto,* Keiyaku no kosoku-ryoku to keiyaku sekinin-ron no tenkai [Bindungswirkung des Vertrages und die Entwicklung der Vertragshaftungslehre], Jurisuto 1318 (2006) 92 ff.

48 Siehe *Yamamoto,* Vertragsrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht 507 ff.

ZG). Dies ist ein großer Unterschied zur Vertragshaftung, wo der Schadenersatzanspruch innerhalb von 10 Jahren ab der Nichterfüllung verjährt (Art 167 Abs 1 ZG). Deshalb ist es praktisch von großer Bedeutung, ob die Schutzpflicht als eine vertragliche Pflicht anerkannt wird oder nicht, ob also aufgrund der Verletzung dieser Pflicht eine vertragliche Haftung anerkannt wird oder nicht. Ferner unterscheidet sich die Gehilfenhaftung im vertraglichen Bereich von jener im deliktischen.

B. Begründung der Vertragshaftung

1. Strukturanalyse des Schuldverhältnisses

a. Schutzpflichten als Vertragspflichten

7/176 In Japan wurde erstmals von jenen, die auf die Strukturanalyse des Schuldverhältnisses abstellten, vertreten, dass die Schutzpflichten als vertragliche Pflichten anzuerkennen seien[49]. Dabei wurden sie von der deutschen Lehre zur positiven Vertragsverletzung beeinflusst.

b. Begründung der Schutzpflicht

7/177 Die Schutzpflicht wird dort mit dem Gedanken einer sogenannten Sonderverbindung bzw eines sozialen Kontaktverhältnisses begründet. Denn in einem derartigen besonderen Verhältnis setze jede Partei ihr Integritätsinteresse dem Einfluss der jeweils anderen Partei aus. Um dieses Verhältnis reibungslos zu gestalten, müsse jede Partei darauf vertrauen können, dass ihr Integritätsinteresse von der anderen Partei besonders geachtet werde. Deshalb gelte für Parteien, die in einem derartigen Verhältnis zueinander stehen, eine über die allgemeinen, dem Deliktsrecht zugrunde liegenden Verhaltenspflichten hinausgehende gegenseitige Pflicht, das Integritätsinteresse der jeweils anderen Partei zu achten. Die Parteien eines Vertragsverhältnisses treffe nun genau diese Pflicht, die hier als Schutzpflicht bezeichnet wird.

2. Richterliche Rechtsfortbildung – die Pflicht, für die Sicherheit des Vertragspartners Sorge zu tragen

7/178 Unter dem Einfluss dieser Lehre anerkennt auch die Rechtsprechung die Pflicht, für die Sicherheit des Vertragspartners Sorge zu tragen, als eine vertragliche Pflicht.

49 Vgl *Kitagawa,* Keiyaku sekinin no kenkyû [Untersuchung der Vertragshaftung] 357, 379 ff; *Okuda,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht] 18 ff; *Maeda,* Kôjutsu saiken sôron [Vorlesung Allgemeines Schuldrecht]³ 122 f.

a. Pflicht des Arbeitgebers für die Sicherheit des Arbeitnehmers zu sorgen

Das Bestehen einer derartigen Pflicht wurde zunächst für das Arbeitsverhältnis bejaht[50]. Demnach sei der Arbeitgeber verpflichtet, für den Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers vor Gefahren Sorge zu tragen, wenn dieser gemäß den Weisungen des Arbeitsgebers seinen Dienst verrichte. **7/179**

(1) Begründung der Pflicht

Die Rechtsprechung geht dabei unter Berufung auf den oben genannten Gedanken der »sozialen Kontaktverhältnisse« davon aus, dass die Pflicht, für die Sicherheit des anderen Sorge zu tragen, eine allgemeine, sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergebende Pflicht sei, die in einem derartigen Verhältnis zueinander stehende Parteien treffe. Das gelte auch für Arbeitsverhältnisse, denn damit der Arbeitnehmer unbesorgt seinen Dienst leisten könne, sei es unerlässlich, dass der Arbeitgeber eine derartige Pflicht übernehme und erfülle. **7/180**

(2) Inhalt der Pflicht

Der Inhalt dieser Pflicht ist aber nach der Rechtsprechung nur auf die Verhütung von Gefahren, die durch vom Arbeitgeber beherrschte Personen bzw Einrichtungen hervorgerufen werden, beschränkt und umfasst nicht auch eine allgemeine Sorgfaltspflicht zum Schutz des Lebens und der Gesundheit des Arbeitnehmers[51]. **7/181**

b. Ausdehnung auf andere Vertragsverhältnisse

In weitere Folge wurde diese Pflicht, für die Sicherheit des Vertragspartners Sorge zu tragen, auch auf das Verhältnis zwischen dem Besteller und den Arbeitnehmern des Subunternehmers[52] sowie auf das Verhältnis zwischen Schule und Schülern im Rahmen eines Schulvertrages[53] angewendet. In der Rechtsprechung der unteren Instanzen wurde die genannte Pflicht auch bei einem Vertrag über ein Schwimmtraining[54], einem Beherbergungsvertrag[55] sowie einem Pflegevertrag[56] anerkannt. **7/182**

---

50 Vgl OGH vom 25.2.1975, Minshû 29, 143 (Unfall bei den Selbstverteidigungsstreitkräften).
51 Vgl OGH vom 27.5.1983, Minshû 37, 477 (Unfall bei den Selbstverteidigungsstreitkräften).
52 Vgl OGH vom 11.4.1991, Hanrei Jihô 1391 (1991) 3.
53 Vgl OGH vom 13.3.2006, Hanrei Jihô 1929 (2006) 41.
54 Vgl Distriktgericht (DG) Tokyo vom 30.7.2004, Hanrei Taimuzu 1198 (2006) 193.
55 Vgl DG Tokyo vom 27.9.1995, Hanrei Jihô 1564 (1996) 34.
56 Vgl Obergericht (OG) Tokyo vom 29.9.2003, Hanrei Jihô 1843 (2004) 173; DG Yokohama vom 22.3.2005, Hanrei Jihô 1895 (2005) 91.

3. Die Lehre von der Vertragsverletzung

a. Bestimmung des Vertragsinhalts

7/183 Dagegen hält es die oben genannte Lehre von der Vertragsverletzung auch für die Frage des Schutzes des Integritätsinteresses für entscheidend, ob dieser Schutz Vertragsinhalt[57] geworden ist oder nicht[58].

(1) Ausdrückliche Vereinbarung

7/184 Wird beispielsweise der Schutz des Integritätsinteresses, wie etwa bei einem Vertrag über die Beauftragung mit einer Bewachung, ausdrücklich zum Inhalt der vertraglichen Leistung erhoben, so bildete dieser gerade den Inhalt der Leistungspflicht, zu der sich die Partei im Vertrag verpflichtet.

(2) Konkludente Vereinbarung bzw ergänzende Vertragsauslegung

7/185 Das Gleiche gilt, wenn der Schutz des Integritätsinteresses zwar nicht ausdrücklich versprochen wurde, aber eine Voraussetzung der vertraglichen Leistung darstellt. So ist beispielsweise notwendige Voraussetzung eines Dienstvertrages oder eines Schulvertrages, dass der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz gefahrlos arbeiten bzw der Schüler in der Schule gefahrlos lernen kann. Hier kann also der Vertrag so ausgelegt werden, dass die gefahrlose Tätigkeit des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz oder der gefahrlose Besuch der Schule durch den Schüler als vertragliche Leistung zugesichert wurde. Außerdem ist auch bei einem Vertrag über die Beförderung von Personen der Zweck des Vertrages nicht schon allein damit erfüllt, dass der Kunde an den Zielort befördert wird, sondern erst dann, wenn er gefahrlos und sicher befördert wird. Dabei ist ebenfalls eine dahingehende Auslegung des Vertrages möglich, dass die Leistung versprochen wurde, den Kunden sicher an den Zielort zu transportieren.

b. Ausstrahlung der Vertragshaftung

7/186 Demzufolge ist die Annahme einer Schutzpflicht bzw Sicherungsfürsorgepflicht als Grundlage einer gesetzlichen Vertragshaftung auf Grundlage von Treu und Glauben nur dann erforderlich, wenn die Parteien nicht in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis stehen. Das ist etwa der Fall im Verhältnis zwischen dem Besteller und den Arbeitnehmern des Subunternehmers. In allen anderen Fällen

57 Die Rechtsprechung würde wohl einen gültigen Vertrag voraussetzen, da sie bei der *culpa in contrahendo* (siehe unten III.) mangels Vorliegens eines Vertrages nur Deliktsrecht anwenden will (siehe OGH vom 22.4.2011, Minshû 65-3, 1405).

58 Vgl *Shiomi,* Saiken sôron I [Schuldrecht Allgemeiner Teil I]² 102 ff.

kann die Problematik auf die Frage reduziert werden, ob der Schutz des Integritätsinteresses Inhalt der vertraglichen Vereinbarung wurde.

III. Erweiterung der Vertragspflichten in zeitlicher Hinsicht – Culpa in contrahendo[59]

A. Natur der Haftung

1. Culpa in contrahendo

Der Gedanke, dass aufgrund von Treu und Glauben ein der Vertragshaftung entsprechender Rechtsschutz anzuerkennen ist, wenn einer Partei im Verlauf der Vertragsverhandlungen durch ein der anderen Partei zuzurechnendes Verhalten ein Schaden entsteht, ist auch in Japan als Lehre von der *culpa in contrahendo* bekannt[60]. **7/187**

2. Notwendigkeit der culpa in contrahendo in Japan

a. Möglichkeit der Einordnung als Deliktshaftung

Jedoch besteht in Japan kaum eine Notwendigkeit dafür, eine derartige Haftung als vertragliche Haftung auszugestalten. Denn im japanischen ZG unterliegt die Haftung für unerlaubte Handlungen dem generellen und einheitlichen Haftungstatbestand des Art 709 ZG, so dass einem Verständnis der *culpa in contrahendo* als Haftung für unerlaubte Handlung nichts entgegensteht[61]. **7/188**

b. Praktische Bedeutung der unterschiedlichen Verjährungsfristen

Zwar gibt es zwischen der Haftung aus unerlaubter Handlung und der vertraglichen Haftung zweifellos Unterschiede bei der Verjährung, nämlich drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (Art 724 ZG) bei ersterer, zehn Jahre ab dem **7/189**

---

59 *Yamamoto,* Vertragsrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht 472 ff.

60 *Kitagawa,* Keiyaku sekinin no kenkyû [Untersuchung der Vertragshaftung] 194 ff, 339 ff; *Shiomi,* Saiken sôron I [Schuldrecht Allgemeiner Teil I]^2 529 ff.

61 Der OGH (OGH vom 22.4.2011, Minshû 65-3, 1405) hat in einem Fall, in dem vor Vertragsabschluss dem Vertragspartner nicht die Informationen übermittelt wurden, die notwendig waren, um über den Vertragsabschluss zu entscheiden, festgestellt, dass hinsichtlich des Schadens, den der Vertragspartner durch den Abschluss des Vertrages erlitten hat, zwar eine Schadenersatzpflicht aus Delikt besteht, aber keine Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Pflichten aus dem Vertrag.

Zeitpunkt, von dem an das Recht ausgeübt werden kann (Art 166 Abs 1 und Art 167 Abs 1 ZG), bei letzterer. Im Geschäftsverkehr wird die Haftung jedoch üblicherweise rasch geltend gemacht, und dies ist auch zumutbar. Daher besteht wenigstens in dieser Hinsicht kaum eine praktische Notwendigkeit, durch Qualifizierung der Haftung für *culpa in contrahendo* als vertragliche Haftung die Verjährungsfrist zu verlängern. Sie wäre nur insoweit von Bedeutung, als es um Gehilfenhaftung geht.

B. Fallgruppen bei Nichtabschluss des Vertrages

7/190 *Culpa in contrahendo* kommt zunächst dann in Betracht, wenn kein Vertrag geschlossen wurde. Dabei lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden:

1. Abbruch der Vertragsverhandlung

7/191 Bei der einen Gruppe von Fällen werden Vertragsverhandlungen zwar zunächst aufgenommen, aber später wieder abgebrochen.

a. Rechtsprechung

7/192 Nach der Rechtsprechung[62] treffen die Parteien auch bereits auf der Stufe der Vertragsverhandlungen Sorgfaltspflichten gegenüber der Person und dem Vermögen des anderen, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten. Verletzt eine Partei diese Pflichten und entsteht der anderen dadurch ein Schaden, so trifft sie eine Schadenersatzpflicht. Demnach muss, wer durch sein Verhalten das Vertrauen der anderen Partei erweckt und diese dadurch zu unnötigen Aufwendungen oder zu rechtlichen Dispositionen veranlasst hat, den Schaden ersetzen, der der anderen Partei dadurch entstanden ist, dass ihr Vertrauen enttäuscht wurde, also den Vertrauensschaden.

b. Lehre vom »Reifegrad des Vertrages«

7/193 Die neuere Lehre vertritt jedoch, dass die Haftung bei Abbruch der Vertragsverhandlungen als Folge einer Vereinbarung im weiteren Sinne zu verstehen sei[63]. Demnach sei es zumindest beim Abschluss wirtschaftlich bedeutsamer Verträge üblich, dass der endgültige Vertrag durch eine Aneinanderreihung von Vereinbarungen

62 Vgl OGH vom 18.9.1984, Hanrei Jihô 1137 (1985) 51; OGH vom 30.8.2004, Minshû 58, 1763.

63 Vgl *Kamata,* Fu-dôsan baibai keiyaku no seihi [Das Zustandekommen von Immobilienkaufverträgen], Hanrei Taimuzu 484 (1983) 21; *Kawakami,* »Keiyaku no Seiritsu« o megutte (1) (2) [Zum »Zustandekommen eines Vertrags« (1) (2)], Hanrei Taimuzu 655 (1988) 11; 657 (1988) 14.

über einzelne Fragen im Verhandlungsverlauf erzielt werde. Die Haftung einer Partei bei Abbruch der Verhandlungen sei daher als Folge der Verletzung einer derartigen Zwischenvereinbarung zu verstehen. Der Inhalt der Haftung hänge demnach auch vom jeweiligen Inhalt der kumulierten Zwischenvereinbarungen, dem sogenannten »Reifegrad des Vertrages«, ab. Wenn beispielsweise aufgrund der Verhandlungen der Inhalt des abzuschließenden Vertrages bereits feststeht und nur mehr die Vertragsdokumente zu errichten sind, soll es möglich sein, den Ersatz des Erfüllungsinteresses zu fordern.

2. Unfall bei Vertragsschluss

Bei der zweiten Gruppe von Fällen werden die Rechte einer Partei durch einen Schadensfall im Verlauf des Vertragsabschlusses verletzt. Dies ist jedoch nichts anderes als ein Fall einer unerlaubten Handlung, so dass einer Anwendung des Art 709 ZG nichts entgegensteht. **7/194**

C. Fallgruppen bei Abschluss des Vertrages

Die Haftung für *culpa in contrahendo* ist darüber hinaus auch in Fällen relevant, in denen es zum Vertragsschluss gekommen ist. Dabei sind wiederum zwei Fallgruppen zu unterscheiden: **7/195**

1. Unwirksamkeit des Vertrages

Bei den zur ersten Gruppe gehörenden Fällen wurde ein Vertrag abgeschlossen, der sich aber nachträglich als unwirksam herausstellt. **7/196**

a. Haftungsbegründung

Auch in diesem Fall muss nach der herrschenden Lehre derjenige, der durch sein Verhalten die andere Partei dazu veranlasst hat, auf die Wirksamkeit des Vertrages zu vertrauen, dieser den ihr dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Dahinter steht der Gedanke, dass wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben jede der Parteien bei Abschluss eines Vertrages verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, dass die andere nicht durch den Abschluss eines unwirksamen Vertrages Schaden erleidet[64]. **7/197**

---

64 Vgl *Wagatsuma,* Shintei saiken sôron – Minpô kôgi IV [Allgemeines Schuldrecht – Lehrbuch zum bürgerlichen Recht IV]^2 40.

b. Haftungsinhalt

7/198 In diesem Fall ist der Schaden, der dem anderen durch das enttäuschte Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstand, also das Vertrauensinteresse, zu ersetzen. Darunter fallen etwa vergebliche Aufwendungen oder ein Schaden, der dadurch entstanden ist, dass ein anderes, günstigeres Angebot abgelehnt wurde.

2. Unzulässige Veranlassung zum Vertragsschluss

7/199 Bei der zweiten Gruppe von Fällen wurde der Vertragspartner im Verlauf des Vertragsschlusses in unzulässiger Weise dazu veranlasst, einen von ihm nicht gewünschten Vertrag einzugehen. Die *culpa in contrahendo* erfasst dabei insbesondere Fälle, in denen der andere durch unzureichende bzw unangemessene Informationen irregeführt und zum Abschluss eines nicht seiner Absicht entsprechenden Vertrages veranlasst wurde.

a. Problematik

(1) Informationspflicht

7/200 Voraussetzung für eine Haftung ist in diesem Fall allerdings die Anerkennung einer sogenannten Informationspflicht, dh einer Pflicht, bei Abschluss eines Vertrages der anderen Partei notwendige Informationen mitzuteilen. Eine derartige Informationspflicht wird im Allgemeinen aus dem Prinzip von Treu und Glauben abgleitet[65]. Dabei wird angenommen, dass Personen, die Vertragsverhandlungen miteinander führen, in einer engen, dem Prinzip von Treu und Glauben unterliegenden Beziehung zu einander stehen.

(2) Grundlage der Informationspflicht

7/201 Wird eine derartige Pflicht jedoch weit verstanden, so könnte dies dem vertragsrechtlichen Grundsatz der Selbstverantwortung widersprechen. Im Geschäftsverkehr hat grundsätzlich jeder selbst für den Schutz seiner eigenen Interessen zu sorgen und somit eigenständig Informationen einzuholen sowie Nachteile abzuwenden. Daher ist zu prüfen, aus welchen Gründen und unter welchen Umständen eine unangemessene Information des Vertragspartners als eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben anzusehen ist. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich das Unterlassen unrichtiger Informationen und die Mitteilung notwendiger Informationen[66].

---

65 Vgl *Wagatsuma,* Shintei saiken sôron – Minpô kôgi IV [Allgemeines Schuldrecht – Lehrbuch zum bürgerlichen Recht IV]² 41.

66 Vgl *Yamamoto,* Minpô kôgi IV-1 [Lehrbuch des bürgerlichen Rechts IV-1] (2005) 53; ferner *derselbe,* Shôhi-sha keiyaku-hô to jôhô teikyô hôri no tenkai [Das Verbrauchervertragsgesetz und

b. Informationspflicht als Unterlassungspflicht

Einerseits ist an den Fall zu denken, dass eine Partei gegenüber der anderen unrichtige Angaben macht. Für eine Pflicht, derartige unrichtige Angaben zu unterlassen, sprechen die beiden folgenden Überlegungen: **7/202**

(1) Gefährlichkeit unwahrer Angaben

Erstens ist eine Entscheidung zwangsläufig unangemessen, wenn sie auf falschen Informationen beruht, mag die Partei die ihr gegebenen Informationen auch richtig verstanden haben. Durch unrichtige Informationen entsteht eine erhebliche Gefahr, dass die andere Partei dadurch zu einer falschen Entscheidung veranlasst wird. **7/203**

(2) Zurechenbarkeit

Zweitens ist es nur konsequent, dass der Erklärende dafür einzustehen hat, wenn er selbst falsche Angaben macht. **7/204**

c. Informationspflicht als Handlungspflicht

Andererseits gibt es aber auch den Fall, dass eine Partei der anderen notwendige Informationen nicht mitteilt. Hier sprechen wiederum zwei Überlegungen für die Annahme einer Pflicht, dem anderen notwendige Informationen mitzuteilen: **7/205**

(1) Verbot der Schädigung eines anderen

Die eine Überlegung betrifft Informationen über Gefahren. Wenn vorhersehbar ist, dass der Vertragspartner durch den Vertragsschluss der Gefahr eines Schadens an seinen Rechtsgütern, nämlich Leib, Leben oder Vermögen, ausgesetzt wird, so muss man von einer Pflicht ausgehen, den Vertragspartner über diese Gefahr zu informieren. Andernfalls würde nämlich durch den Informationsmangel die Rechtsposition des Vertragspartners bereits bei Vertragsschluss beeinträchtigt. **7/206**

(2) Expertenhaftung

Ferner ist auch im Verhältnis zwischen Experten und Laien eine Informationspflicht anzunehmen, und zwar aus folgenden Gründen. **7/207**

(i) Wiederherstellung der tatsächlichen Vertragsfreiheit

Erstens besteht bei Geschäften zwischen einem Fachmann und einem Nicht-Fachmann ein Informationsgefälle, weshalb die Gefahr groß ist, dass der Laie, ohne es zu bemerken, ein nachteiliges Geschäft abschließt. Das bedeutet, dass **7/208**

---

die Entwicklung des Informationsmodells], Kin'yû Hômu Jijô 1596 (2000) 9 ff. Weiterführend *Shiomi,* Saiken sôron I [Schuldrecht Allgemeiner Teil I][2] 565 ff.

der Laie praktisch seine Vertragsfreiheit einbüßt. Um hier die Vertragsfreiheit des Nicht-Fachmannes wiederherzustellen, ist es erforderlich, dem Fachmann eine Informationspflicht aufzuerlegen.

(ii) Verantwortlichkeit des Experten entsprechend dem Vertrauen der Gesellschaft

7/209 Zweitens wird die Geschäftstätigkeit des Experten erst durch das Vertrauen der Gesellschaft in seine professionellen Fähigkeiten ermöglicht. Es ist daher nur folgerichtig, dass der Fachmann nicht nur einen Vorteil daraus zieht, sondern ihn auch eine entsprechende höhere Verantwortlichkeit trifft.

d. Entwicklung von der deliktischen zur rechtsgeschäftlichen Haftung

(1) Lösung durch das Deliktsrecht

7/210 Wird, wie eben ausgeführt, eine derartige Informationspflicht anerkannt, so ist bei Verletzung dieser Pflicht sowohl Rechtswidrigkeit als auch Verschulden gegeben, so dass eine deliktische Haftung bejaht werden kann. Tatsächlich gingen die unteren Instanzen in ihren Urteilen zu Verbraucherstreitigkeiten, wie sie in den 1980er und 1990er Jahren häufig auftraten, sowie zu Investitionsgeschäften zumeist von einer deliktischen Haftung aus.

(i) Haftungsinhalt

7/211 Der dabei zugesprochene Schadenersatz umfasste die Erstattung von Aufwendungen, die aufgrund eines unerwünschten Vertrages getätigt wurden, zu dem die Partei durch falsche Informationen veranlasst wurde. Durch den Ersatz dieser Schäden wird der Geschädigte so gestellt, als ob kein Vertrag abgeschlossen worden wäre. Dies wird deshalb häufig als ein Schadenersatz mit wiederherstellender Wirkung bezeichnet[67]. Man könnte auch sagen, dass durch diese Schadenersatzpflicht die Wirksamkeit des Vertrages faktisch negiert wird.

(ii) Unzulänglichkeit der Regelung des Rechtsgeschäfts

7/212 Dieser Lösungsweg wurde gewählt, da aufgrund der strengen Regelungen des ZG zum Rechtsgeschäft die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages in diesen Fällen nur schwer erfüllbar erschienen.

67 Vgl *Shiomi,* Keiyaku-hô to songai baishô-hô no kôsaku [Die Verflechtung von Vertragsrecht und Schadenersatzrecht], in: derselbe, Keiyaku hôri no gendai-ka [Modernisierung des Vertragsrechts] (2004) 9.

(2) Lösung auf rechtsgeschäftlicher Ebene

(i) Lösungsansatz der Lehre

Es ist jedoch ein Wertungswiderspruch gegeben, wenn zwar einerseits der Vertrag als wirksam angesehen wird, er aber im Wege des Schadenersatzes so behandelt wird, als wäre er unwirksam. Deshalb wurde von der Lehre vorgeschlagen, es in diesen Fällen durch eine Lockerung der Voraussetzungen für die Anfechtung wegen Täuschung oder Irreführung bzw durch eine weite Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten zu ermöglichen, eine Unwirksamkeit des Vertrages anzunehmen[68]. **7/213**

(ii) Lösung durch den Gesetzgeber

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre gewährt das im Jahr 2000 erlassene Verbrauchervertragsgesetz[69] dem Verbraucher ein Anfechtungsrecht, wenn ihn der Unternehmer durch ein bestimmtes positives Tun irreführt (Art 4 Verbrauchervertragsgesetz). Jedoch sieht das Verbrauchervertragsgesetz keine Anfechtung bei Verletzungen der Informationspflicht im Sinne einer Handlungspflicht vor[70]. Derzeit wird das Verbrauchervertragsgesetz reformiert, wobei die Anerkennung einer solchen Pflicht neuerlich diskutiert wird. **7/214**

68 Vgl *Yamamoto,* Minpô ni okeru »Gôi no kashi«-ron no tenkai to sono kentô [Die Entwicklung der Lehre von den »Einigungsmängeln« im Zivilrecht und die Untersuchung ihrer Bedeutung], in: Tanase (Hrsg), Keiyaku hôri to keiyaku kankô [Vertragstheorie und Vertragsbrauch] (1999) 149 ff.

69 *Shôhi-sha keiyaku-hô,* Gesetz Nr 61/2000 idF Gesetz Nr 70/2013.

70 In Art 3 Verbrauchervertragsgesetz wird lediglich eine Bemühungspflicht des Unternehmers zur Aufklärung normiert. Zur Problematik dieser Vorschrift siehe *Yamamoto,* Das Verbrauchervertragsgesetz in Japan und die Modernisierung des Zivilrechts, in: FS Rehbinder (2002) 823 f, 831 ff.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen der Deliktshaftung

I. Schaden

A. Der Schadensbegriff

7/215 In Japan – das grundsätzlich keine Naturalherstellung kennt – gibt es folgende Diskussion um den Begriff des in Geld zu bemessenden Schadens:

1. Rechnerischer Schaden – Differenzmethode

7/216 Traditionell wurde Schaden als geldwerte Differenz zwischen dem Zustand der Interessen des Geschädigten, in dem sie sich ohne die unerlaubte Handlung gegenwärtig befänden, und dem Zustand der Interessen, in dem sie sich aufgrund der unerlaubten Handlung gegenwärtig tatsächlich befinden, verstanden[71]. Hierbei wird also der Schaden als geldwerter Nachteil des Geschädigten angesehen.

7/217 Es stellt sich dabei die Frage, wie die geldwerte Differenz zwischen den beiden Zuständen berechnet wird.

a. Kumulation einzelner Schadensposten

7/218 Auch wenn es um die Differenz hinsichtlich des Gesamtvermögens geht, kann in der Praxis nur die Differenz für jeden einzelnen Schadensposten bestimmt werden und diese dann zusammengezählt werden. Die wichtigsten Schadensposten sind dabei folgende:

(1) Vermögensschäden

7/219 Es sind dies zum einen die durch die unerlaubte Handlung entstandenen vermögenswerten (materiellen) Nachteile. Diese können weiter in positive und negative Schäden unterteilt werden.

71 Innerhalb der Vertreter der Differenzmethode gibt es jene, die die Differenz zwischen den Interessenszuständen als Schaden verstehen (Vergleich der tatsächlichen Zustände), sowie jene, die die Differenz zwischen der jeweiligen Summe des Vermögens als Schaden ansehen (geldwerter Vergleich). In Japan wurde jedoch nicht immer klar zwischen diesen beiden Standpunkten unterschieden.

(i) Positiver Schaden

Ein positiver Schaden liegt vor, wenn das bestehende Vermögen des Geschädigten durch die unerlaubte Handlung aktiv vermindert wurde. Bei Verletzung des Lebens oder des Körpers eines Menschen sind etwa Ausgaben wie Arztkosten (Behandlungskosten, Kosten des Krankenhausaufenthaltes, Pflegekosten, Kosten für die Rehabilitation etc) und Kosten für den Umbau des Hauses vorstellbar; bei der Beschädigung von Sachen beispielsweise Reparaturkosten oder die Kosten für die Beschaffung eines Ersatzes. Die Wertminderung der beschädigten Güter wird ebenfalls berücksichtigt. **7/220**

(ii) Negativer Schaden

Ein negativer Schaden hingegen ist gegeben, wenn zu erwarten war, dass das Vermögen des Geschädigten wächst, dies aber aufgrund der unerlaubten Handlung nicht eingetreten ist. Der entgangene Gewinn gehört in diese Kategorie. **7/221**

(2) Immaterieller Schaden

Neben Vermögensschäden gibt es durch die unerlaubte Handlung entstandene immaterielle Schäden. **7/222**

b. Berechnung

Für die einzelnen Schadensposten gibt es folgende Berechnungsmethoden. **7/223**

(1) Vermögensschaden

Hinsichtlich des Vermögensschadens wird für jeden Schadensposten die Differenz aufgrund der tatsächlich entstandenen Kosten bzw des tatsächlich entgangenen Betrages ermittelt. Dies beruht auf dem Gedanken des Ersatzes des tatsächlichen Schadens. **7/224**

(2) Immaterieller Schaden

Beim immateriellen Schaden hingegen kann man sich nicht auf tatsächliche Ausgaben oder Einnahmen stützen, sondern es muss nach Ermessen eine freie Bemessung unter Berücksichtigung aller Umstände, unter anderem auch der Schwere der Verletzung, erfolgen. **7/225**

c. Problematik

In Bezug auf die Differenzmethode wurden folgende Kritikpunkte geäußert. **7/226**

▷

(1) Methodische Unschärfe

7/227 So wurde kritisiert, dass bei dieser Theorie die Feststellung des Schadens und der Ersatzfähigkeit mit der Berechnung des Schadens in Geld vermischt werde, so dass unklar bleibe, was auf welche Weise bestimmt werde.

(2) Inkonsistenz mit dem Zweck der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes

(i) Nicht in Geld bemessbarer Schaden

7/228 Wenn Schaden allein als in Geld ausgedrückte betragsmäßige Differenz verstanden wird, bleibt jener Schaden unbeachtet, der sich nicht in einem Geldbetrag ausdrücken lässt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung verletzt wurde, aber er keine Einbuße hinsichtlich seiner tatsächlichen Einkünfte erlitten hat.

(ii) Nicht von den Schadensposten erfasste Nachteile

7/229 Wenn das Vorliegen eines Schadens durch das Zusammenrechnen der einzelnen Schadensposten ermittelt wird und insbesondere dann, wenn der Katalog der Schadensposten dabei als feststehend angesehen wird, kann es ferner dazu kommen, dass Schäden nicht erfasst werden. Während die Differenzmethode zwar von dem Gedanken ausgeht, den Schaden umfassend zu ermitteln, kann sie in Wirklichkeit keine umfassende Bemessung erzielen.

2. Schaden als tatsächlicher Schaden

7/230 Heute ist dagegen eine Ansicht einflussreich, die zwischen Schaden und Schadensbemessung unterscheidet und mit dem Begriff »Schaden« allein einen tatsächlichen Zustand bezeichnet, nicht aber eine Berechnung der erlittenen Einbußen in Geld. Damit wird also unterschieden zwischen der Feststellung des Eintritts eines Schadens sowie – unter Berücksichtigung des Schutzbereichs – der Ersatzfähigkeit einerseits und der Bemessung in Geld andererseits und es werden diese beiden Schritte nacheinander durchgeführt[72].

a. Konkreter Schaden

7/231 Dabei ist zunächst denkbar, die einzelnen tatsächlichen Interessensbeeinträchtigungen jeweils als Schaden anzusehen[73].

---

72 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 76.
73 *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] (1980) 302 f.

(1) Schadensbegriff

(i) Personenschaden

Folgt man diesem Ansatz, so können bei einem Personenschaden beispielsweise folgende Tatsachen als Schaden angesehen werden: Die Tatsache, dass der Geschädigte in Folge dessen, dass er ins Krankenhaus musste und dort behandelt wurde, nun die Kosten für den Krankenhausaufenthalt und die Behandlung zu zahlen hat; die Tatsache, dass der Geschädigte nach der Entlassung aus dem Krankenhaus drei Monate lang Rehabilitation erhielt und dafür die Rehabilitationsklinik bezahlen musste; die Tatsache, dass der Geschädigte nun im Rollstuhl sitzt, deshalb sein Haus umbauen musste und dafür das Bauunternehmen bezahlt hat; die Tatsache, dass der Geschädigte ein selbständiger Tätiger ist, infolge der unerlaubten Handlung drei Monate lang nicht arbeiten konnte und daher Einkünfte verloren hat. **7/232**

(ii) Sachschaden

Bei einem Sachschaden können beispielsweise folgende Tatsachen als Schaden angesehen werden: Die Tatsache, dass das durch die unerlaubte Handlung (Verkehrsunfall) beschädigte Motorrad des Geschädigten in einer Werkstatt repariert wurde und der Geschädigte für die Kosten der Reparatur aufzukommen hatte, oder die Tatsache, dass der Geschädigte infolge der unerlaubten Handlung sein Motorrad verloren hat und bei einem Händler ein neues kaufen musste. **7/233**

(2) Bemessung

Die Höhe des Schadenersatzes wird dabei wie folgt ermittelt. **7/234**

(i) Feststellung des Schadens

Zunächst ist es erforderlich, wie oben ausgeführt, eine einem Schaden entsprechende Tatsache zu ermitteln. Es werden also den (zu kumulierenden) Schadensposten bei der Differenzmethode entsprechende Tatsachen als Schaden angesehen. **7/235**

(ii) Umfang des Ersatzes

Zweitens ist es notwendig zu beurteilen, ob die oben ermittelten Schadenstatsachen als ein durch eine Rechtsverletzung herbeigeführter Schaden angesehen werden können. Dem entspricht bei der Differenzmethode die Prüfung, ob der Schaden in einem (adäquaten) Kausalzusammenhang mit der Rechtsverletzung steht. **7/236**

(iii) Bemessung in Geld

Drittens sind jene Schadenstatsachen, die von dem zu ersetzenden Bereich umfasst sind, in Geld zu bewerten. Das entspricht der Berechnung der Differenzsumme bei der Differenzmethode. **7/237**

(3) Kritik

7/238 Wenn man jedoch konkrete Tatsachen, die den Schadensposten entsprechen, als Schaden ansieht, kann es dazu kommen, dass Nachteile, die nicht als derartige Tatsachen erfasst werden können, keine Berücksichtigung finden. Neben dem Fall, dass der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung verletzt wurde, aber keine tatsächlichen Einkommenseinbußen erlitten hat, ist dabei auch an den Fall zu denken, dass der aufgrund des Unfalls verängstigte Geschädigte das Motorradfahren überhaupt aufgegeben hat.

b. Umfassender Schadensbegriff

7/239 Gegenwärtig ist innerhalb der Befürworter des tatsächlichen Schadensbegriffs jedoch eine Ansicht einflussreich, die den Zweck der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes betont und – im Gegensatz zu der eben vorgestellten Lehre vom konkreten Schaden – alle durch die unerlaubte Handlung herbeigeführten Nachteile umfassend als Schaden versteht.

B. Das Verhältnis zwischen Rechtsverletzung und Schaden

7/240 Werden, wie nach der eben vorgestellten Ansicht, alle durch eine unerlaubte Handlung entstandenen Nachteile umfassend als Schaden verstanden, so stellt sich die Frage, ob zwischen diesem Schaden und der Verletzung des (subjektiven) Rechts zu unterscheiden ist.

1. Gleichsetzung von Rechtsverletzung und Schaden

7/241 Einer Ansicht zufolge ist nicht zwischen Rechtsverletzung und Schaden zu unterscheiden. Demnach fallen die Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität und die Bestimmung des Umfanges des ersatzfähigen Schadens zusammen. Hierbei gehen die Meinungen auseinander, ob der Schaden als Beeinträchtigung eines Interesses oder eines Wertes zu verstehen ist.

a. Lehre von der Beeinträchtigung eines Interesses

(1) Schadensbegriff

7/242 Zunächst ist denkbar, die Beeinträchtigungen aller Interessen durch eine Rechtsverletzung als Schaden anzusehen[74].

74 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 125 ff.

(2) Bestimmung und Berechnung des Schadens

Die Bestimmung und Berechnung des Schadens erfolgt dann folgendermaßen: **7/243**

(i) Grundregel

aa. Bestimmung des Schadens – Addition der einzelnen Schadensposten

Da der Gesamtverlust als solcher nicht bestimmbar ist, muss für die einzelnen Schadensposten jeweils der Nachteil bestimmt und dann durch Addition der Schaden ermittelt werden. **7/244**

bb. Schadensberechnung

Auf dieser Grundlage wird dann für jeden einzelnen Schadensposten entsprechend den tatsächlich erfolgten Einnahmen und Ausgaben die konkrete Interessensbeeinträchtigung berechnet. **7/245**

(ii) Ausnahme

Kann ein Teil des Schadens jedoch im Rahmen der einzelnen Schadensposten nicht berücksichtigt werden, so wird er im Wege des Schmerzensgeldes nach freiem Ermessen bestimmt. **7/246**

b. Wertverlust

Es wird hingegen auch vertreten, dass die Minderung des Wertes des Rechts aufgrund der Rechtsverletzung als Schaden zu verstehen sei. Hier stellt sich die Frage, auf welcher Ebene der Wert des subjektiven Rechts zu beurteilen ist, dh also ob die Bewertung abstrakt oder konkret zu erfolgen hat. **7/247**

(1) Abstrakter Wert – Tod und Körperverletzung

Nach einer Ansicht ist bei Personenschäden der Tod oder die Körperverletzung der Person als Schaden anzusehen und dieser in typisierter Form mit einem festgesetzten Betrag zu bewerten. Dies stellt vor allem auf die Gleichheit der Menschen und die Würde des Einzelnen ab und basiert auf dem Gedanken, dass Menschen nicht als Quelle von Vermögensinteressen, sondern als Wesen, die in sich selbst einen angeborenen, gleichen Wert haben, anzusehen sind[75]. **7/248**

(i) Verständnis des Schadens

Diese Ansicht versteht die Körperverletzung bzw den Tod eines Menschen als solches als (Nichtvermögens-)Schaden. Wenn zwischen der schädigenden Handlung **7/249**

---

75 Siehe ua *Nishihara,* Songai baishô no hôri [Rechtstheorie des Schadenersatzes], Jurisuto 381 (1967) 148.

und der Körperverletzung bzw dem Tod eine Kausalbeziehung (dies entspricht der Kausalität als Haftungsvoraussetzung) besteht, so stellt die Körperverletzung bzw der Tod einen ersatzpflichtigen Schaden dar.

(ii) Schadensberechnung

7/250 Der durch den Tod oder die Körperverletzung verlorene Wert, dh der Wert des Lebens bzw des Körpers, wird jeweils mit einem festgesetzten Betrag bewertet. Das bedeutet also eine Ablehnung der Differenzmethode, die auf die tatsächlich getätigten Ausgaben abstellt; an deren Stelle tritt eine Pauschalierung der Ersatzsumme entsprechend der objektiven Verletzung des Werts des Lebens bzw Körpers.

(2) Konkreter Wert – Verminderung der Erwerbsfähigkeit

7/251 Im Gegensatz dazu wird auch vertreten, dass bei Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Geschädigten dies als Schaden anzusehen und individuell – also unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Verletzten – zu bewerten ist[76].

(i) Verständnis des Schadens

7/252 Diese Ansicht sieht die Verminderung der Erwerbsfähigkeit aufgrund einer Körperverletzung als Schaden an. Selbst wenn tatsächlich keine Veränderung hinsichtlich der getätigten Einnahmen und Ausgaben eingetreten ist, wird die Verminderung des Werts der Erwerbsfähigkeit als solcher als Schaden anerkannt.

(ii) Schadensberechnung

7/253 Daher wird der Wert der verlorenen Erwerbsfähigkeit in Geld bemessen. Eine Pauschalierung wird dabei abgelehnt, da der Wert der Erwerbsfähigkeit für jeden Geschädigten unterschiedlich sei.

2. Differenzierung zwischen Rechtsverletzung und Schaden – normativer Schadensbegriff

7/254 Eine andere Ansicht vertritt demgegenüber, dass zwischen Rechtsverletzung und Schaden zu unterscheiden sei. Demnach ist die Frage, welcher Schaden aus der Rechtsverletzung entstanden ist und in welchem Umfang dieser zu ersetzen ist, getrennt von der haftungsbegründenden Kausalität zu beantworten[77].

76 *Kusumoto,* Isshitsu rieki no santei to shotoku-gaku [Berechnung des entgangenen Gewinns und das Einkommen], in: Ariizumi (Hrsg), Gendai songai baishô-hô kôza 7 [Modernes Schadenersatzrecht 7] (1974) 133.

77 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 219 ff.

a. Normativer Schadensbegriff

(1) Verständnis des Schadens – Vergleich der normativen Verhältnisse

Nach dieser Ansicht besteht der Schaden in der Differenz zwischen den Verhältnissen des Geschädigten, wie sie gegenwärtig wären, wenn es die unerlaubte Handlung nicht gegeben hätte (A), und den Verhältnissen des Geschädigten, wie sie aufgrund der unerlaubten Handlung gegenwärtig tatsächlich sind (B). **7/255**

(2) Zusammenfallen von Schadensbestimmung und Umfang des Ersatzes

Sowohl A als auch B sind keine natürlichen Tatsachen, sondern normative Tatsachen, denen eine rechtliche Beurteilung zugrunde liegt. Folglich wird durch die Feststellung des tatsächlichen Zustandes und der Verhältnisse, wie sie ohne die unerlaubte Handlung gewesen wären, dh durch die Feststellung des Schadens, der Umfang des Ersatzes bestimmt. **7/256**

b. Abstufung des Schadensbegriffs

Die Frage ist jedoch, worin der Zustand, wie er ohne schädigende Handlung gewesen wäre, besteht. **7/257**

(1) Mindestschaden – Wertverlust

Als Mindestschaden bildet der Wert des verletzten Rechts den gewöhnlich zu ersetzenden Schaden. **7/258**

(i) Gründe – Rechtsfortsetzungsfunktion des Schadenersatzes

Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Rechtsverletzung führt zu einem Werterersatz für das eigentliche Recht. Daher entspricht der Zustand, der bestünde, wenn der Wert des Rechts nicht beeinträchtigt worden wäre, dem Zustand A (Verhältnissen des Geschädigten, wie sie gegenwärtig wären, wenn es die unerlaubte Handlung nicht gegeben hätte). **7/259**

(ii) Schadensbestimmung – abstrakte Schadensberechnung

In einem solchen Fall wird der Schaden bestimmt, indem die konkreten tatsächlichen Verhältnisse abstrahiert werden und der Wert des verlorenen Rechts, dh der Wert des Lebens oder des Körpers oder der Wert des Vermögensrechts objektiv-abstrakt in Geld geschätzt wird. **7/260**

▷

(2) *Zusätzlicher Schaden – Beeinträchtigung einzelner Interessen*

7/261 Wenn es jedoch zu einer Interessensbeeinträchtigung kommt, die auf individuellen Umständen des Geschädigten beruht, und für die gemäß den oben genannten Grundsätzen kein Ersatz gebühren würde, so wird neben dem Mindestschaden ein zusätzlicher Ersatz gewährt.

(i) Gleichsetzung von Bestimmung des Schadens und Bestimmung des Schadensumfangs

7/262 In diesem Fall wird der Schaden als individueller Schadensposten im Sinne der Methode der Kumulation einzelner Schadensposten verstanden. So wird beispielsweise in Hinblick auf Ausgaben, die dem Geschädigten aufgrund der unerlaubten Handlung aufgezwungen wurden, anhand der Notwendigkeit der Ausgaben beurteilt, ob ein Schaden zu ersetzen ist. Was das Einkommen betrifft, das der Geschädigte erzielen hätte können, wenn die unerlaubte Handlung nicht stattgefunden hätte, so wird die Frage, ob ein zu ersetzender Schaden vorliegt, anhand der Wahrscheinlichkeit der Einnahmen beurteilt.

(ii) Bestimmung des Schadens – konkrete Schadensberechnung

7/263 Die gemäß dem oben Ausgeführten bestimmte Interessensbeeinträchtigung wird in Hinblick auf die konkreten Umstände in Geld bemessen.

C. Immaterieller Schaden und Schmerzensgeld

7/264 Im japanischen Deliktsrecht sind die Arten des ersatzfähigen Schadens nicht beschränkt. Auch der Ersatz immaterieller Schäden wird selbstverständlich anerkannt. Dieser wird üblicherweise in Form von Schmerzensgeld ersetzt.

1. Zweck des Schmerzensgelds

7/265 Es ist allerdings strittig, worin der Zweck des Schmerzensgelds liegt.

a. Lehre von der Wiederherstellung des früheren Zustandes

7/266 Allgemein wird als Zweck des Schmerzensgelds angesehen, den dem Geschädigten entstandenen Schaden zu ersetzen und einen dem ursprünglichen Zustand möglichst entsprechenden Zustand wiederherzustellen.

(1) *Eigentliche Funktion*

7/267 Allerdings gehen die Ansichten darüber auseinander, was unter Schaden bzw der Wiederherstellung des früheren Zustandes in diesem Fall zu verstehen ist.

(i) Ausgleich immateriellen Schadens (Schmerzen)

Traditionell wurde der Zweck des Schmerzensgeldes in einem Ausgleich seelischer oder körperlicher Schmerzen gesehen. Dabei gibt es jedoch wiederum unterschiedliche Ansichten dazu, auf welche Weise das Schmerzensgeld einen Ausgleich der Schmerzen zu verwirklichen vermag. **7/268**

aa. Schadenskompensation

Einerseits wird vertreten, dass mittels des Schmerzensgeldes immaterielle Nachteile durch einen Geldbetrag kompensiert werden[78]. **7/269**

bb. Genugtuung

Andererseits wird aber auch vertreten, dass dadurch, dass eine Genugtuung in Geld geleistet wird, das seelische Gleichgewicht wiederhergestellt wird[79]. *Immaterielle* Schäden (Schmerzen) können nicht in Geld bemessen werden. Daher sei es nicht möglich, von einer Kompensation der Nachteile zu sprechen. Es sei deshalb nur möglich, von einer seelischen Genugtuung durch Geld und damit einer Wiederherstellung des verlorenen seelischen Gleichgewichts auszugehen. **7/270**

(ii) Beeinträchtigung eines immateriellen Wertes

Daneben wird auch vertreten, dass das Schmerzensgeld bezweckt, die Beeinträchtigung eines immateriellen Wertes, den der Geschädigte besaß, zu ersetzen. Dabei wird wiederum danach unterschieden, welcher Wert als verletzt angesehen wird. **7/271**

aa. Verletzung eines Gefühlswertes

Einerseits wird vertreten, dass menschliche Gefühle einen objektiven Wert haben und die Beeinträchtigung dieses Wertes in Geld kompensiert wird[80]. Damit lässt sich auch eine Ersatzleistung an Personen, die nicht in der Lage sind, Schmerzen zu empfinden (zB Kleinkinder), sowie die Pauschalierung des Schmerzensgeldes erklären. **7/272**

bb. Beeinträchtigung des Rechts auf ein ungestörtes Leben

Andererseits ist es auch möglich, ein Recht auf ein ungestörtes Leben anzuerkennen und das Schmerzensgeld als Ersatz der Beeinträchtigung dieses Wertes in Geld anzusehen. Geht man auf Grundlage des Rechts auf das Streben nach Glück von einem Recht auf ein ungestörtes Leben aus, so ist eine Kompensation für eine erzwungene Änderung des alltäglichen Lebens oder der Lebensplanung erforderlich. **7/273**

---

78 *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 228 ff.

79 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 595, 268; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 263 ff.

80 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 595.

Demnach ist aber auch ein Fortdauern der Verletzung des Rechts auf ein ungestörtes Leben selbst nach Beendigung der unerlaubten Handlung gegenüber dem Geschädigten möglich. Daher ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auch das Verhalten des Schädigers nach der eigentlichen Schädigungshandlung zu berücksichtigen.

(2) Ergänzungsfunktion

7/274 Ferner wird das Schmerzensgeld in der Praxis häufig ergänzend herangezogen, wenn der Beweis eines Vermögensschadens schwierig ist. Dies hat folgende Gründe.

(i) Unvermeidbarkeit

7/275 Berechnet man den Schaden durch Addition einzelner Schadensposten sowie auf Grundlage des konkreten Schadens, so treten unvermeidlich Beweisprobleme auf, die eine Lösung erfordern.

(ii) Prozessuale Gründe

7/276 Da ferner Ansprüche auf Ersatz des materiellen Schadens und des immateriellen Schadens als gemeinsamer Streitgegenstand behandelt werden, ist der klagende Geschädigte nicht an eine Aufstellung der einzelnen Posten gebunden, solange sich der Betrag im Rahmen der eingeklagten Summe bewegt. Daher kann das Schmerzensgeld als Ergänzung zum Vermögensschaden herangezogen werden.

b. Sanktion und Prävention

7/277 Dagegen wird auch vertreten, dass das Schmerzensgeld eine Sanktions- und Präventionsfunktion erfüllt[81].

(1) Begründung

7/278 Nach dieser Ansicht kann in manchen Fällen durch die Verhängung von Strafen allein keine ausreichende Sanktion und Prävention verwirklicht werden. Effektiv hierfür sei vielmehr die Gewährung einer hohen Schadenersatzsumme an den Geschädigten.

---

81 *Mishima,* Isha-ryô no honshitsu [Das Wesen des Schmerzensgeldes], Kanazawa Hôgaku 51-1 (1959) 1; *Goto,* Gendai songai baishô-ron [Moderne Schadenersatzlehre] (1982) 255 ff; *Awaji,* Fuhô kôi-hô ni okeru kenri hoshô to songai no hyôka [Der Rechtsschutz im Recht der unerlaubten Handlung und die Bemessung des Schadens] (1984) 156 f; *Higuchi,* Seisaiteki isha-ryô ron ni tsuite – Minkei shunbestu no »risô« to genjitsu [Zur Theorie des Schmerzensgeldes als Sanktion – »Ideal« und gegenwärtiger Stand der strikten Trennung zwischen Zivil- und Strafrecht], Jurisuto 911 (1988) 19.

(2) Kritik

Gegenüber dieser Sichtweise wurde jedoch folgende Kritik vorgebracht[82]. **7/279**

(i) Strenge Trennung zwischen Zivil- und Strafrecht

Der japanischen Rechtsordnung liege eine Trennung zwischen zivilrechtlichem Schadenersatz einerseits und straf- und verwaltungsrechtlichen Regelungen andererseits zugrunde[83]. Es sei daher unvereinbar mit der japanischen Rechtsordnung, eine Sanktions- und Präventionsfunktion des zivilrechtlichen Schadenersatzes offen anzuerkennen. **7/280**

(ii) Störung des Interessensausgleichs

aa. Übermäßiger Schutz des Geschädigten

Durch den Ersatz des tatsächlichen Schadens werden die Rechte des Geschädigten geschützt. Es bestehe kein gerechtfertigtes Interesse daran, einen darüber hinausgehenden Ersatz zu erhalten. Würde man das Schadenersatzrecht für Sanktions- und Präventionszwecke verwenden, so würde das dazu führen, dass der Geschädigte einen über den Ersatz des erlittenen Schadens hinausgehenden Vorteil erhält. **7/281**

bb. Übermäßiger Eingriff gegenüber dem Schädiger

Man könne ferner nicht beliebig Ersatzpflichten damit rechtfertigen, dass sie der Sanktion und Prävention von schädigenden Handlungen dienen. Denn auch der Schädiger hat Rechte, die nicht übermäßig beschränkt werden dürfen. **7/282**

2. Berechnung des Schmerzensgeldes

a. Konkrete Bemessung

(1) Verfahren

Die Festsetzung des Schmerzensgeldes liegt im richterlichen Ermessen, wobei die Umstände, die sich aus dem mündlichen Verfahren ergeben haben, zu berücksichtigen sind. Der Richter ist dabei nicht verpflichtet, die seiner Berechnung zugrundeliegenden Gründe darzulegen[84]. Andererseits trifft auch den Geschädigten keine Beweispflicht hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgeldes[85]. **7/283**

---

82 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 263 ff.

83 OGH vom 11. 7. 1998, Minshû 51-6, 2573.

84 Vgl ua RGH vom 5. 4. 1910, Minroku 16, 273; RGH vom 10. 6. 1914, Keiroku 20, 1157.

85 Vgl ua RGH vom 20. 12. 1901, Keiroku 7-11, 105.

(2) Zu berücksichtigende Umstände

7/284 Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sind folgende Umstände zu berücksichtigen.

(i) Umstände in Zusammenhang mit der unerlaubten Handlung

7/285 Erstens sind Umstände in Zusammenhang mit der unerlaubten Handlung zu berücksichtigen. Auf Seiten des Geschädigten sind dies etwa das Verhalten des Geschädigten, das Vorliegen eines Verschuldens des Geschädigten und dessen Grad. Hinsichtlich des Schädigers betrifft dies den Zweck und das Motiv der unerlaubten Handlung sowie das Verhalten (Vorsatz, Fahrlässigkeit, etc).

(ii) Umstände betreffend die Parteien

7/286 Zweitens sind die Umstände betreffend die Parteien zu berücksichtigen. Neben dem Alter, Beruf und der gesellschaftlichen Stellung des Geschädigten und des Schädigers sind dies etwa die finanzielle Lage sowie das Verhalten des Schädigers.

b. Pauschalierung – feste Schmerzensgeldbeträge

7/287 Für typische unerlaubte Handlungen, wie etwa Verkehrsunfälle, bestehen Richtlinien für die Festsetzung des Schmerzensgeldes in Regelfällen, dh sofern keine besonderen Umstände vorliegen[86]. Bei Tod des Hauptverdieners der Familie sind dies zB zwischen 27 und 31 Millionen Yen, bei Tod einer Person, die dem Hauptverdiener gleichzuhalten ist, zwischen 24 und 27 Millionen Yen und in anderen Fällen zwischen 20 und 24 Millionen Yen.

D. Schaden durch unerwünschte Geburt eines Kindes

7/288 In Japan hat sich die Frage des Schadens durch unerwünschte Geburt eines Kindes bislang noch nie in einem praktischen Fall gestellt. Daher wird diese Problematik bisher in Japan nicht eigenständig diskutiert, sondern lediglich auf die Diskussion im Ausland verwiesen.

86 Der Grund dafür, dass die Summe bei Tod des Hauptverdieners besonders hoch ist, liegt darin, dass hierin auch ein Element des Ersatzes des Verlusts an Unterhaltsleistungen an die Hinterbliebenen enthalten ist.

II. Kausalität

A. Begriff der Kausalität

1. Allgemeine Bedeutung der Kausalität

Kausalität bedeutet, dass es zwischen Tatsache A und Tatsache B ein Verhältnis von Ursache und Wirkung gibt. **7/289**

2. Verhältnis von Ursache und Wirkung

Fraglich ist aber betreffend die Kausalität einer unerlaubten Handlung, was unter einem Verhältnis von Ursache und Wirkung zu verstehen ist. **7/290**

a. Unterschied zwischen Kausalität und Begrenzung der Zurechnung

(1) Adäquate Kausalität

Nach der traditionellen Lehre[87] und der Rechtsprechung[88] ist – wie nach deutschem Recht – Voraussetzung der Deliktshaftung, dass zwischen schädigender Handlung und Erfolg eine adäquate Kausalität besteht. **7/291**

(2) Dreistufiges Modell

Das bedeutet, dass bei der Beurteilung, ob adäquate Kausalität gegeben ist, auch die Frage der Begrenzung der Zurechnung sowie der Schadensberechnung geklärt wird. Die mittlerweile herrschende Gegenansicht kritisiert jedoch, dass dadurch die Beurteilung unklar werde, und tritt dafür ein, die Fragen getrennt, und zwar in drei Schritten zu prüfen[89]. **7/292**

(i) Faktische Kausalität

Zunächst ist demnach die Frage zu klären, ob die schädigende Handlung den Erfolg (Rechtsverletzung bzw Schaden) tatsächlich verursacht hat und somit eine faktische Beziehung besteht. **7/293**

87 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 154; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 152 ff.

88 RGH vom 22.5.1926, Minshû 5, 386.

89 Siehe *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 110. So auch *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 126; *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 116 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 407; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 362 f, 386 f.

(ii) Schutzbereich

7/294 In einem zweiten Schritt erfolgt eine rechtliche Bewertung, indem geprüft wird, in wie weit der Erfolg (Rechtsverletzung bzw Schaden), für den eine faktische Kausalität besteht, dem Schädiger zugerechnet werden kann.

(iii) Bemessung in Geld

7/295 In einem dritten Schritt ist zu beurteilen, wie jener Schaden, der in den Schutzbereich fällt, in Geld zu bewerten ist.

b. Wesen der Kausalitätsprüfung

7/296 Dadurch wird die Prüfung der Kausalität auf die Frage des Vorhandenseins einer faktischen Kausalbeziehung beschränkt.

(1) Bewertende Beurteilung

7/297 Allgemein wird anerkannt, dass diese Prüfung keine faktische Frage im Sinne einer naturwissenschaftlichen Prüfung ist, sondern notwendigerweise eine bestimmte Bewertung miteinschließt. Denn das Vorhandensein einer Kausalbeziehung wird unter Zugrundelegung einer Gesetzmäßigkeit bestimmt, indem beurteilt wird, ob diese Gesetzmäßigkeit auf ein bestimmtes tatsächliches Phänomen zutrifft oder nicht. Darin ist unvermeidlich ein bewertendes Element enthalten.

(2) Faktische Seite der Prüfung

7/298 Dennoch handelt es sich letztlich um eine Beurteilung des Vorhandenseins einer faktischen Kausalbeziehung und ist damit von der rechtlichen Beurteilung hinsichtlich des Schutzbereichs zu unterscheiden.

B. Prüfung

7/299 Kausalität bedeutet allgemein, dass zwischen Tatsache A und Tatsache B ein Verhältnis von Ursache und Wirkung besteht.

1. Prüfungsmaßstab

7/300 Strittig ist, wie festzustellen ist, ob zwischen schädigender Handlung und Erfolg (Rechtsverletzung bzw Schaden) eine Kausalbeziehung besteht.

a. Notwendige Bedingung

Traditionell wurde die faktische Kausalität dann als gegeben angesehen, wenn die eine Tatsache eine *conditio sine qua non* für die andere Tatsache ist[90]. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schädiger auch dann haften muss, wenn es mehrere Ursachen für einen bestimmten Erfolg in Form einer Rechtsverletzung gibt, sofern die Handlung des Schädigers eine notwendige Bedingung für den Eintritt des Erfolgs darstellt. **7/301**

b. Gesetzmäßigkeit

Demgegenüber wird jedoch von einer einflussreichen Ansicht vertreten, dass das Vorliegen einer faktischen Kausalität danach zu beurteilen sei, ob aufgrund einer allgemein anerkannten Gesetzmäßigkeit davon ausgegangen werden könne, dass A Ursache von B sei[91]. Dahinter steht die Überlegung, dass sofern eine allgemeine Überzeugung bestehe, was Ursache für den Erfolg B sei, also eine Gesetzmäßigkeit gegeben sei, es genüge auf dieser Grundlage zu beurteilen, ob A Ursache für B ist. **7/302**

2. Anknüpfungspunkte der Kausalität – Ursache und Wirkung

Welcher Meinung man auch folgt, für die Beurteilung, ob eine Kausalbeziehung vorliegt, ist jedenfalls eine Tatsache (A), die Ursache ist, und eine Tatsache (B), der Erfolg, erforderlich. **7/303**

a. Ursache – Verhalten des Schädigers

Als Ursache, die als Anknüpfungspunkt für die Kausalitätsprüfung dienen kann, kommt ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Schädigers in Betracht[92]. **7/304**

(1) Handlung

Bei einer Handlung stellt sich dies wie folgt dar. **7/305**

(i) Anknüpfungspunkt der Kausalität

Ausgangspunkt der Kausalbeziehung ist eine Handlung A, die gegen eine Unterlassungspflicht (»tue nicht A«) verstößt. Beispielsweise kann Ausgangspunkt eine Handlung sein, die gegen die Handlungspflicht, »mache keinen medizinischen **7/306**

---

90 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 83.

91 Siehe *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 128; *derselbe,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 350, 364. Dies baut auf der deutschen strafrechtlichen Lehre, insbesondere *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände (1931), auf.

92 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 412 ff.

Behandlungsfehler«, verstößt – dh also eine Handlung des Schädigers, die eine Fehlbehandlung darstellt.

(ii) Bedeutung der Kausalität

7/307 In einem solchen Fall ist nach der Formel von der notwendigen Bedingung *(conditio sine qua non)* die Kausalität anzuerkennen, wenn B nicht eingetreten wäre, hätte es A nicht gegeben. Wäre der Geschädigte im obigen Beispiel etwa nicht behindert, wenn es nicht zu einem Behandlungsfehler gekommen wäre, so ist die Kausalität anzuerkennen.

(2) Unterlassung

7/308 Bei einer Unterlassung ist hingegen strittig, ob eine Kausalbeziehung erforderlich ist.

(i) Keine Notwendigkeit der Kausalität

7/309 Einerseits wird vertreten, dass bei einer Unterlassung keine Kausalität denkbar sei und daher unabhängig von deren Vorliegen von einer unerlaubten Handlung auszugehen sei[93]. Denn da bei einer Unterlassung der Schädiger eben gerade nichts gemacht habe, gebe es kein Verhalten A, das als Ausgangspunkt der Kausalbeziehung angesehen werden könne. Deshalb sei allein auf die Verletzung einer Handlungspflicht abzustellen. Dies sei aber eine Frage des Verschuldens. Das bedeute, dass, sofern Verschulden vorliege, eine Haftung anzuerkennen sei.

(ii) Notwendigkeit der Kausalität

7/310 Andererseits wird aber auch vertreten, dass selbst bei einer Unterlassung das Bestehen einer Kausalbeziehung durchaus denkbar sei und nur bei deren Vorliegen eine Deliktshaftung anzuerkennen sei[94].

aa. Ausgangpunkt der Kausalbeziehung

7/311 Demnach ist bei einer Unterlassung die Unterlassung A, wodurch eine Handlungspflicht (»tue A«) verletzt wurde, Ausgangspunkt der Kausalbeziehung. So bildet eine Unterlassung beispielsweise, die gegen die Handlungspflicht, »um Leberkrebs zu erkennen, führe eine effektive Untersuchung durch«, verstößt, – dh wenn also keine effektive Untersuchung zum Erkennen von Leberkrebs durchgeführt wurde – den Ausgangspunkt für die Kausalitätsprüfung.

93 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 83.

94 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 414; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 223; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 347 f.

bb. Bedeutung der Kausalität

Nach der Formel von der notwendigen Bedingung ist in diesem Fall daher eine Kausalität anzuerkennen, da es B nicht gäbe, wenn A gemacht worden wäre. Wäre beispielsweise der Geschädigte nicht gestorben, wenn eine effektive Untersuchung zur Erkennung von Leberkrebs vorgenommen worden wäre, so ist Kausalität anzuerkennen[95]. **7/312**

b. Erfolg – Rechtsverletzung

Der Erfolg, der den Endpunkt der Kausalbeziehung darstellt, ist eine Verletzung der Rechte des Geschädigten. Im Fall der Tötung des Geschädigten lässt sich aber eine Reihe von Rechtsverletzungen feststellen, für die sich jeweils die Frage nach dem Bestehen einer Kausalbeziehung stellt. **7/313**

(1) Tod – Verletzung des Lebens

Stirbt der Geschädigte, so kann man dies als eine Verletzung des Lebens ansehen. **7/314**

(i) Bestehen einer Kausalbeziehung

Leidet der Geschädigte beispielsweise an einer Leberzirrhose und kann festgestellt werden, dass dann, wenn eine angemessene ärztliche Behandlung erfolgt wäre (eine effektive Untersuchung zur Erkennung von Leberkrebs), der Geschädigte nicht gestorben wäre, so ist eine Kausalbeziehung gegeben. **7/315**

(ii) Nichtbestehen einer Kausalbeziehung

Erkrankt der Geschädigte etwa an einer Angina pectoris und kann nicht festgestellt werden, dass bei Durchführung einer angemessenen ärztlichen Behandlung (Verabreichung von Nitroglycerin, einem Wirkstoff gegen Angina pectoris) der Geschädigte nicht gestorben wäre, dann ist keine Kausalbeziehung anzuerkennen. **7/316**

(2) Zu früher Tod – Verkürzung der Lebenserwartung

In der Tötung des Geschädigten kann man auch eine Vernichtung der Lebenserwartung sehen. **7/317**

(i) Lebenserwartung als geschütztes Rechtsgut

Sein Leben zu behalten, ist für Menschen das grundlegendste Interesse und stellt ein durch das Recht zu schützendes Interesse (Rechtsgut oder Recht) dar[96]. Wenn daher die Erwartung eines längeren Lebens bestand, aber aufgrund einer ärztli- **7/318**

95 OGH vom 25.2.1999, Minshû 53-2, 235.
96 OGH vom 22.9.2000, Minshû 54-7, 2574.

chen Fehlbehandlung zunichte wurde, so kann dies als eine Rechtsverletzung und somit als eine unerlaubte Handlung verstanden werden.

(ii) Bestehen einer Kausalbeziehung

7/319 Wenn daher festgestellt werden kann, dass bei einer angemessenen ärztlichen Behandlung (zB Verabreichung von Nitroglyzerin als Wirkstoff gegen Angina pectoris) der Geschädigte zumindest nicht zu diesem Zeitpunkt gestorben wäre, so ist eine Kausalbeziehung anzuerkennen[97] und Ersatz für die Verkürzung der Lebenserwartung zu leisten[98].

C. Ursachenkonkurrenz

7/320 Problematisch wird es jedoch dann, wenn mehrere Ursachen den Erfolg verursacht haben, und zwar in folgenden zwei Fällen.

1. Konkurrenz mit Naturgewalten

a. Problematik

7/321 Ein Fall ist die Konkurrenz der unerlaubten Handlung des Täters mit Naturgewalten. Dieses Problem hat sich etwa in folgendem Fall gestellt: Aufgrund langandauernden starken Regens kam es zu einem Erdrutsch auf einer Staatsstraße (dh einer vom Staat errichteten und verwalteten Straße). Da der Staat dies jedoch zu spät bekanntmachte, fuhr ein Touristenbus mit X an Bord ohne Kenntnis von dem Erdrutsch weiter und musste an der Stelle des Erdrutsches anhalten. Aufgrund des starken Regens ging dort jedoch eine weitere Mure ab, durch die der Bus abstürzte und X getötet wurde.

(1) Haftungsgrund

7/322 Da in diesem Fall der Schädiger (der Staat) nicht rasch genug Informationen weitergegeben und die Straße gesperrt hatte, kann man von einem Mangel bei der »Errichtung und Verwaltung einer öffentlichen Einrichtung« sprechen, so dass eine Haftung für eine Einrichtung nach Art 2 Abs 1 Staatshaftungsgesetz vorliegen könnte.

(2) Rechtliche Konstruktion

7/323 Jedoch liegt in diesem Fall nicht nur ein Mangel in der Errichtung und Verwaltung einer Einrichtung des Schädigers (des Staates) vor, sondern es haben auch Natur-

97 OGH vom 22.9.2000, Minshû 54-7, 2574; OGH vom 11.11.2003, Minshû 57-10, 1466.

98 Zugesprochen werden hier jedoch wesentlich geringere Beträge als diejenigen, die als Ersatz für den Verlust des Lebens gewährt werden.

gewalten (Erdrutsch aufgrund Starkregens) zu dem Entstehen des Erfolgs (Rechtsverletzung bzw Schaden) beigetragen. Es stellt sich daher die Frage, wie dies bei den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung zu berücksichtigen ist.

b. Kausalität

Zunächst ist umstritten, ob dies als Problem der Kausalität betrachtet werden kann. **7/324**

(1) Quantitatives Verständnis der Kausalität – verhältnismäßige Kausalität

Nach einer Ansicht ist im Fall, dass mehrere Ursachen zur Entstehung des Erfolgs beigetragen haben, die Kausalität unter Berücksichtigung der Höhe des Beitrags jeder einzelnen Ursache zu bestimmen[99]. Die Kausalität wird also als quantitative Frage verstanden, nämlich in welchem Ausmaß jede Ursache zum Entstehen des Erfolgs beigetragen hat. Zieht man demnach den Anteil der Naturgewalten (zB 40 Prozent) ab, so ist für den übrigen Teil die Kausalität zwischen dem Mangel bei der Errichtung und Verwaltung der Straße und dem Erfolg anzuerkennen[100]. **7/325**

(2) Qualitatives Verständnis der Kausalität

Allgemein wird jedoch davon ausgegangen, dass Kausalität dann vorliegt, wenn B nicht eingetreten wäre, hätte es A nicht gegeben, so dass die Kausalität nur entweder gegeben oder nicht gegeben sein kann[101]. **7/326**

c. Kein Problem der Kausalität

Versteht man Kausalität in letzterem Sinn, so muss das Problem in einem anderen Zusammenhang geklärt werden[102]. Folgende Möglichkeiten ließen sich beispielsweise finden. **7/327**

---

99 *Nomura,* Inga kankei no honshitsu – kiyo-do ni motozuku waiaiteki inga kankei-ron [Das Wesen der Kausalität – Lehre von der verhältnismäßigen Kausalität abhängig von der Höhe des Anteils], in: derselbe, Kôtsû jiko songai baishô no hôri to jitsumu [Rechtsprinzipien und Praxis des Schadenersatzes bei Verkehrsunfällen] (1984) 62 ff.

100 DG Nagoya vom 30. 3. 1973, Hanrei Jihô 700, 3.

101 Zur verhältnismäßigen Kausalität siehe ausführlich *Kubota,* Kashitsu sôsai no hôri [Rechtstheorie des Mitverschuldens] (1994) 87; *Yoshimura,* Kôgai, kankyô shihô no tenkai to konnichiteki kadai [Die Entwicklung des privatrechtlichen Umweltrechts und des Rechts der Umweltschäden sowie ihre gegenwärtigen Aufgaben] (2002) 316 f.

102 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 85 ff; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 224 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]⁴ 101 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 370 f.

(1) Haftungsvoraussetzungen – Vorliegen von Fahrlässigkeit bzw eines Mangels

7/328 Einerseits wäre es möglich, das Problem bei der Beurteilung der Frage, ob der Schädiger fahrlässig war und ob ein Mangel bei der Errichtung oder Verwaltung der öffentlichen Einrichtung vorlag, zu berücksichtigen. In dem genannten Fall wäre zu prüfen, ob der Schädiger verpflichtet war, derartige von Naturgewalten hervorgerufene Folgen (Rechtsverletzungen bzw Schäden) zu verhindern bzw gegen durch Naturgewalten hervorgerufene Folgen (Rechtsverletzungen bzw Schäden) von solchem Ausmaß Vorkehrungen zu treffen.

(2) Haftungsfolgen – Festsetzung der Höhe des Ersatzes

7/329 Andererseits könnte eine Berücksichtigung bei der Festsetzung der Höhe des Ersatzes erfolgen. Es stellt sich hier die Frage, ob aufgrund der Beteiligung der Naturgewalten die Höhe des Ersatzes zu mindern ist.

2. Konkurrenz mit anderen Schädigungshandlungen

7/330 Ein anderer Fall ist gegeben, wenn neben der unerlaubten Handlung des Schädigers auch andere unerlaubte Schädigungshandlungen als Ursache des Erfolgs (Rechtsverletzung bzw Schaden) in Betracht kommen. Ein Beispiel hierfür bietet der Fall, dass sowohl Fabrik Y1 als auch Fabrik Y2 Abwässer in einen Fluss leiten und die stromabwärts gelegene Fischzucht des X dadurch vernichtet wird.

7/331 Dabei ist zwischen folgenden beiden Fällen zu unterscheiden[103].

a. Kumulative Kausalität

7/332 Erstens können mehrere Ursachen konkurrieren, die jeweils auch allein den Erfolg herbeiführen hätten können. Im oben genannten Fall wäre das gegeben, wenn sowohl die Abwässer von Y1 als auch durch die Abwässer von Y2 jeweils ausgereicht hätten, um die Fische des X zu töten.

(1) Conditio sine qua non

7/333 Versteht man Kausalität im Sinne der *conditio sine qua non-Formel,* dann ergeben sich folgende Konsequenzen[104].

103 Da in beiden unten genannten Fällen Kausalität gegeben ist, stellt sich in der Folge die Frage nach dem Umfang des Ersatzes.

104 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 84; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung][4] 102.

(i) Conditio sine qua non

Wendet man die Formel der *conditio sine qua non* unmittelbar an, so wären die Fische auch dann gestorben, wenn Y1 nicht seine Abwässer in den Fluss geleitet hätte; folglich besteht keine Kausalität. 7/334

(ii) Ausnahmen

Es wäre jedoch ungerecht, wenn jemand, der eigentlich allein haften müsste, nur dadurch von seiner Haftung befreit würde, dass zufällig noch eine andere schädigende Handlung vorlag. Daher wird angenommen, dass in diesem Fall als Ausnahme von der *conditio sine qua non-Formel* eine Haftung anzuerkennen ist. 7/335

(2) Kausalität im Sinne einer Gesetzmäßigkeit

Versteht man Kausalität jedoch im Sinne einer Gesetzmäßigkeit, so ist Kausalität anzuerkennen, wenn unter Zugrundelegung einer Gesetzmäßigkeit, dass bei einer bestimmte Menge an Abwasser Fische sterben, man sowohl sagen kann, dass die Ursache für das Sterben der Fische die Abwässer von Y1 waren, als auch, dass Ursache für das Sterben der Fische die Abwässer von Y2 waren[105]. 7/336

b. Notwendiges Zusammenwirken mehrerer Ursachen

Zweitens kann es auch dazukommen, dass mehrere Ursachen bei der Herbeiführung des Erfolgs zusammenwirken, wobei jede für sich genommen nicht ausreichend ist, um den Erfolg herbeizuführen. Ein Beispiel hierfür wäre, wenn sowohl die Abwässer von Y1 als auch von Y2 jeweils für sich genommen nicht ausreichen, um ein Fischsterben zu verursachen; die Fische daher nur deshalb gestorben sind, weil beide zusammen gewirkt haben. 7/337

(1) Conditio sine qua non

Versteht man Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non,* so ist eine Kausalität gegeben, da die Fische nicht gestorben wären, wenn es die Abwässer von Y1 nicht gegeben hätte[106]. 7/338

(2) Kausalität im Sinne einer Gesetzmäßigkeit

Auch wenn man Kausalität im Sinne einer gesetzmäßigen Bedingung versteht, so wäre auch hier eine Kausalität anzuerkennen, wenn unter Zugrundelegung einer Gesetzmäßigkeit, wonach bei einer bestimmte Menge an Abwasser Fische sterben, 7/339

105 Siehe etwa *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 368.
106 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 84 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 423 ff.

man sowohl die Abwässer von Y1 als auch von Y2 als Ursache für das Sterben der Fische ansehen kann.

D. Beweis der Kausalität

1. Beweismaß

7/340 Hinsichtlich des Beweises der Kausalität stellt sich die Frage, welches Maß erreicht werden muss, damit eine Überzeugung des Richters bei der Beweiswürdigung erzielt wird. Dazu wird im Allgemeinen folgende Ansicht vertreten[107].

a. Hohe Wahrscheinlichkeit

7/341 Zum Beweis der Kausalität ist eine hohe Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass eine bestimmte Tatsache einen bestimmten Erfolg herbeigeführt hat.

(1) Nichterforderlichkeit eines naturwissenschaftlichen Beweises

7/342 Demnach ist es nicht erforderlich, einen Beweis im naturwissenschaftlichen Sinn zu erbringen, wonach überhaupt kein Zweifel bestehen darf.

(2) Nichtausreichen bloßer Wahrscheinlichkeit

7/343 Jedoch ist bloße Wahrscheinlichkeit nicht ausreichend. Denn würde das Gericht seine Überzeugung aufgrund einer bloßen Wahrscheinlichkeit bilden, so wäre das Vertrauen in die Tatsachenfeststellung des Gerichts gefährdet.

b. Beurteilungsmaßstab der Wahrscheinlichkeit

7/344 Hohe Wahrscheinlichkeit ist gegeben, wenn ein durchschnittlicher Mensch, ohne zu zweifeln, von der Wahrheit überzeugt sein kann. Darauf abzustellen, dass alle Menschen ohne jeglichen Zweifel überzeugt sind, würde von dem Gericht und den Parteien Unmögliches verlangen.

2. Beweislast

7/345 Ferner stellt sich die Frage, welche der Parteien die Beweislast hinsichtlich der Kausalität trägt, dh welche der Parteien den Nachteil daraus trägt, dass das Bestehen der Kausalität nicht nachweisbar ist *(non liquet).*

107 OGH vom 24.10.1975, Minshû 29-9, 1417; OGH vom 16.6.2006, Minshû 60-5, 1997.

a. Grundregel

Grundsätzlich trägt der Geschädigte die Beweislast hinsichtlich der Kausalität, und zwar aus folgenden Überlegungen: **7/346**

An sich gilt der Grundsatz, dass der Rechtsinhaber Verletzungen seines Rechts selbst zu tragen hat. Durch das Deliktsrecht wird jedoch ermöglicht, dies auf den Schädiger zu überwälzen. Die dafür notwendigen Voraussetzungen hat daher der Rechtsinhaber, also der Geschädigte, zu beweisen. **7/347**

b. Ausnahme

Mit folgenden Mitteln wird jedoch dem Geschädigten bei Beweisschwierigkeiten geholfen. **7/348**

(1) Beweislastumkehr

Erstens kann die Pflicht zu beweisen, dass keine Kausalität besteht, auf den Schädiger überwälzt werden. Dies wird in folgenden Fällen anerkannt. **7/349**

(i) Gehilfenhaftung

Im Fall der Gehilfenhaftung haftet der Geschäftsherr, wenn der Verrichtungsgehilfe in Ausführung der Verrichtung einem Dritten einen Schaden zugefügt hat. Der Geschäftsherr kann sich dabei nur durch den Beweis von der Haftung befreien, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Gehilfen angemessene Sorgfalt angewendet hätte, dh wenn er beweist, dass keine Kausalität besteht (Art 715 Abs 1 Satz 2 ZG). **7/350**

(ii) Alternative Kausalität

Wenn der Erfolg durch eines von mehreren Ereignissen herbeigeführt wurde, aber sich nicht ermitteln lässt, von welchem, so haften alle als Gesamtschuldner (Art 719 Abs 1 Satz 2 ZG)[108]. Ein Täter kann sich nur dadurch von der Haftung befreien, dass er beweist, dass zwischen seiner Handlung und dem Erfolg keine Kausalität besteht. **7/351**

108 Art 719 Abs 1 ZG lautet: »Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einem anderen Schaden zugefügt, so ist jeder als Gesamtschuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von den Mittätern den Schaden verursacht hat«. Obwohl Satz 2 von »Mittätern« spricht, braucht dafür nach der heutigen herrschenden Lehre kein besonderer Zusammenhang zwischen allen Tätern zu bestehen, weil bereits Satz 1 zur Anwendung komme, wenn ein solcher Zusammenhang vorliegt. Siehe etwa *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 792 ff; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 199.

(2) Anscheinsbeweis

7/352 Zweitens kann ohne eine Änderung in der Zuweisung der Beweislast durch das Zulassen eines Anscheinsbeweises eine Beweiserleichterung herbeigeführt werden. Dies wird vor allem bei Umweltschäden sowie Schäden durch Medikamente oder Nahrungsmittel häufig angewandt.

(i) Begriff

7/353 Bei einem Anscheinsbeweis wird im Fall des Bestehens eines Erfahrungssatzes, wonach bei Vorliegen einer bestimmten Tatsache (mittelbarer Tatsache) allgemein vom Vorliegen der Haupttatsache ausgegangen werden kann, die Haupttatsache vermutet, sofern der Beweispflichtige den Beweis über das Vorliegen der mittelbaren Tatsache erbringt.

aa. Beweislast

7/354 In diesem Fall bleibt die Beweislast beim Geschädigten, der die Haupttatsache zu beweisen hat. Ist die Kausalität nicht nachweisbar, bedeutet dies, dass keine Kausalität besteht.

bb. Praktische Bedeutung des Anscheinsbeweises

7/355 Beweist der Geschädigte die mittelbare Tatsache, so muss der Schädiger durch den Beweis besonderer Umstände, die die Geltung des Erfahrungssatzes außer Kraft setzen, die Nichtbeweisbarkeit der Kausalität der Haupttatsache herbeiführen. Anders als bei der Umkehr der Beweislast, trägt der Schädiger jedoch nicht die Beweislast dafür, dass keine Kausalität vorliegt.

(ii) Fälle aus der Praxis

7/356 In folgenden Fällen wurde ein Anscheinsbeweis zugelassen:

aa. Heranreichen der Verschmutzung »bis an die Tore«

7/357 Werden in Umweltschädigungsfällen die Ursache der Erkrankung bzw der ursächliche Schadstoff (A) und der Weg der Verschmutzung (B) nachgewiesen und reicht die Quelle der Verschmutzung »bis an die Tore des Unternehmens« heran, so werden die Entstehung der Schadstoffe und die Emission (C) vermutet, sofern der Unternehmer nicht Gründe nachweisen kann, weshalb seine Fabrik nicht die Quelle der Verschmutzung sein kann[109]. Hierbei handelt es sich um einen Anscheinsbeweis, dem der Erfahrungssatz zugrunde liegt, dass dann, wenn A und B gegeben sind, allgemein von C ausgegangen werden kann.

109 DG Niigata vom 29.9.1971, Hanrei Jihô 642, 96 (Niigata Minamata-Krankheits-Fall).

bb. Epidemiologische Kausalität

Ferner ist es möglich, den Grund der Erkrankung einer Gruppe von Menschen zu beobachten und zu erklären und auf dieser Basis die individuelle Kausalität für einen Einzelnen und dessen Erkrankung zu begründen. Dies wird als epidemiologische Kausalität bezeichnet[110]. **7/358**

(3) Voraussetzungen

Im Allgemeinen gibt es vier Voraussetzungen für die Anerkennung einer epidemiologischen Kausalität. Erstens, dass der Faktor eine bestimmte Zeit lang vor Ausbruch der Krankheit wirkt; zweitens, dass die Erkrankungsrate umso höher ist, je stärker dieser Faktor ist; drittens, dass die Besonderheiten des Verlaufs der Krankheit sich ohne Widersprüche aus der Verbreitung des Faktors erklären lassen; und viertens, dass sich die Mechanismen der Wirkungsweise dieses Faktors als Ursache biologisch widerspruchsfrei erklären lassen. **7/359**

(4) Bedeutung

Die epidemiogloische Kausalität ist eigentlich eine Kausalität für eine ganze Gruppe. Es ist nicht sichergestellt, dass dies auch auf die Kausalität einzelner Geschädigter zutrifft. Jedoch wird die epidemiologische Kausalität als eine Art Erfahrungssatz verstanden, wonach dann, wenn der Geschädigte einer bestimmten Gruppe angehört (A), im Allgemeinen vom Bestehen der Kausalität ausgegangen werden kann (B)[111]. Beweist der Geschädigte daher A, so muss der Schädiger durch den Beweis besondere Umstände, aufgrund derer die epidemiologische Kausalität auf diesen bestimmten Geschädigten nicht zutrifft, die Nichtbeweisbarkeit *(non liquet)* der Kausalität herbeiführen. Hierin liegt die praktische Bedeutung der epidemiologischen Kausalität. **7/360**

110 DG Tsu, Zweigstelle Yokkaichi vom 24.7.1972, Hanrei Jihô 672, 30 (Yokkaichi Asthma-Fall). Ausführlich hierzu siehe etwa *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]⁴ 106 f; *Shiomi,* Fuhô kôihô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 377.

111 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 410 ff; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 89 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]⁴ 108.

Teil 6 Zurechnungselemente

I. Notwendigkeit der Rechtfertigung der Zurechnung

A. Ausgleich zwischen den Rechten der Parteien

7/361 Im Deliktsrecht stellt sich das Problem, wie das Anliegen des Schutzes der Rechte des Geschädigten mit den Interessen des Schädigers, in seinen Rechten nicht übermäßig beschränkt zu werden, in Einklang gebracht werden kann.

1. Schadenswiedergutmachung – Schutz der Rechte des Geschädigten

7/362 Greift jemand in das Recht eines anderen ein, so stellt die Zuerkennung eines Ersatzes für den entstandenen Schaden das Minimum des erforderlichen Rechtsschutzes dar. Umgekehrt lässt sich jedoch ein Ersatz, der den Ausgleich des entstandenen Schadens übersteigt, nicht mehr mit dem Gebot des Rechtsschutzes rechtfertigen.

2. Beschränkung der Rechte des Schädigers durch den Schutz des Geschädigten – Achtung der Rechte des Schädigers

7/363 Andererseits dürfen durch den Schutz des Geschädigten die Rechte des Schädigers nicht übermäßig eingeschränkt werden. Daher stellt sich die Frage, wie weit der Schutz der Rechte des Geschädigten die Beschränkung der Rechte des Schädigers rechtfertigen kann.

B. Prinzipien der Zurechnung

7/364 Die drei folgenden Grundgedanken können eine Einschränkung der Rechte des Schädigers rechtfertigen; es sind somit Zurechnungsprinzipien, die für eine Haftung des Schädigers sprechen.

1. Verursachung

Erstens bildet die Verursachung der Rechtsverletzung bzw des Schadens eine Grundlage der Zurechnung. Wer eine Ursache für den Erfolg gesetzt hat, kann für den Schaden haftbar werden. **7/365**

2. Verschulden

Zweitens kann das Verschulden als Grundlage der Zurechnung dienen, und zwar in zweierlei Hinsicht. **7/366**

a. Haftungsbegründung – Vorwurf gegenüber dem Handelnden

Zum einen ist derjenige zum Ersatz verpflichtet, der aus eigener Fahrlässigkeit die Rechte eines anderen verletzt hat. Dem liegt der Gedanke zugrunde, es sei unvermeidlich, dass denjenigen eine Haftung treffe, der sich nicht so verhalten hat, wie er sich verhalten hätte sollen. Grundlage der Zurechnung ist somit ein Vorwurf gegenüber dem Handelnden. **7/367**

b. Haftungsbefreiungsgrund – Schutz der Handlungsfreiheit des Handelnden

Andererseits greift aber trotz Rechtsverletzung keine Haftung ein, wenn der Schädiger nicht fahrlässig gehandelt hat. Dies beruht auf dem Gedanken, dass es zu keiner Haftung kommen soll, wenn man sich so verhalten hat, wie man sich verhalten sollte. Dadurch wird also die Handlungsfreiheit des Handelnden geschützt. **7/368**

3. Verschuldensunabhängige Haftung – Gefährdungshaftung

Drittens kann bei einem durch eine von der Gesellschaft für erforderlich gehaltene Gefahrenquelle verursachten Unfall ganz unabhängig von einem Verschulden demjenigen eine Haftung auferlegt werden, der die Gefahrenquelle besitzt. **7/369**

a. Notwendigkeit der verschuldensunabhängigen Haftung

Eine verschuldensunabhängige Haftung lässt sich mit folgenden Überlegungen rechtfertigen: Handelt es sich um für das gesellschaftliche Leben unbedingt erforderliche Tätigkeiten oder Sachen, so kann die Ausübung einer solchen Tätigkeit oder der Besitz einer derartigen Sache nicht verboten werden, selbst wenn sie gefährlich ist. Ferner kann ein Unfall durch eine derartige gefährliche Tätigkeit oder Sache häufig selbst dann nicht vermieden werden, wenn der Halter der Gefahren- **7/370**

quelle sorgfältig handelt. Beharrte man hier auf dem Verschuldensprinzip, so würde der in seinen Rechten Geschädigte keinerlei Schutz erfahren.

b. Zurechnungsprinzipien der verschuldensunabhängigen Haftung

7/371 Als Grundlagen der verschuldensunabhängigen Haftung werden im Allgemeinen folgende zwei Prinzipien angeführt.

(1) Gefährdungshaftung

7/372 Zum einen kann die Zurechnung auf Grund der Beherrschung der Gefahrenquelle erfolgen. Das bedeutet, dass derjenige, dem die Kontrolle über die gefährliche Tätigkeit oder Sache zusteht, für den durch die Verwirklichung der Gefahr entstehenden Schaden haftet.

(2) Haftung wegen Erzielung eines Gewinns aus der Gefahrenquelle

7/373 Zum anderen kann die Zurechnung aufgrund der Erzielung eines Vorteils aus der Innehabung der Gefahrenquelle erfolgen. Das bedeutet, dass derjenige, dem die Beherrschung einer gefährlichen Tätigkeit oder Sache zusteht und der dadurch einen Vorteil erzielt, für den durch die Gefahrenquelle verursachten Schaden zu haften hat.

II. Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeit

A. Voraussetzungen

7/374 Art 709 ZG bestimmt als allgemeine Voraussetzung der unerlaubten Handlung, dass derjenige, der »vorsätzlich oder fahrlässig das Recht oder rechtlich geschützte Interesse eines anderen verletzt, für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens [haftet]«. Dass über die Voraussetzungen der Rechtsverletzung sowie über Vorsatz bzw Fahrlässigkeit jeweils heftige Diskussionen stattfanden, wurde bereits oben ausführlich dargestellt (Teil 3 II.). Geht man von der dort zuletzt dargestellten Ansicht aus, wonach besonders auf die Rechte abzustellen ist *(rights thesis),* so stellen sich die Haftungsvoraussetzungen wie folgt dar.

1. Rechtsverletzung – Schutz der Rechte des Geschädigten

7/375 Wurden die Rechte des Geschädigten verletzt, so ist zu dessen Schutz zumindest der dadurch entstandene Schaden zu ersetzen. In diesem Sinne wird die Voraus-

setzung der Rechtsverletzung als Voraussetzung zum Schutz der Rechte des Geschädigten verstanden.

2. Vorsatz bzw Fahrlässigkeit – Beschränkung der Rechte des Schädigers

Würde dem Schädiger jedoch auch dann eine Schadenersatzhaftung auferlegt, wenn er nicht vorsätzlich oder fahrlässig handelte, dann käme es zu einer übermäßigen Beschränkung seiner Rechte. Die Voraussetzung des Vorsatzes bzw der Fahrlässigkeit erfüllt somit eine Funktion in Hinblick auf die Beschränkung der Rechte des Schädigers, und zwar dient sie als Rechtfertigungsgrund für diese. **7/376**

B. Verschiedene Erscheinungsformen

Das Verhältnis zwischen Rechtsverletzung und Vorsatz bzw Fahrlässigkeit wird jedoch unterschiedlich verstanden, je nachdem, was für eine Art von Recht auf welche Weise verletzt wird[112]. **7/377**

1. Arten von Rechten

Es wird zwischen folgenden zwei Arten von Rechten unterschieden **7/378**

a. Herrschaftsrechte

(1) Bedeutung

Die erste Art von Rechten sind solche, die allgemein als Herrschaftsrechte anerkannt sind. Ihre Besonderheit liegt darin, dass ihr Inhalt klar umrissen ist, nämlich die Herrschaft über ein Rechtsgut. **7/379**

(i) Herrschaftsrechte über Vermögensgüter

Exemplarisch hierfür sind die dinglichen Rechte, insbesondere das Eigentum, aber auch Dienstbarkeiten oder Sicherungsrechte, sowie andere diesen entsprechende Vermögensrechte wie etwa die gesetzlich absolut geschützten Mietrechte an unbeweglichen Sachen. **7/380**

---

112 *Yamamoto,* Kihon-ken no hogo to fuhô kôi-hô no yakuwari [Der Schutz der Grundrechte und die Rolle des Deliktsrechts], Minpô Kenkyû 5 (2008) 136 ff; *Segawa,* Minpô 709-jô (fuhô kôi no ippan seiritsu yôken) [Art 709 ZG (allgemeine Voraussetzungen der Deliktshaftung), in: Hironaka/Hoshino (Hrsg), Minpô-ten no hyakunen III [100 Jahre Zivilgesetz III] 568 f; 624 f.

(ii) Herrschaftsrechte in Bezug auf die Person – »körperliche Persönlichkeitsrechte«

7/381 Diesen Herrschaftsrechten gleichgehalten werden Rechte an Leben und Körper, die als »körperliche Persönlichkeitsrechte« bezeichnet werden.

(2) Voraussetzungen – Rechtsverletzung und Vorsatz bzw Fahrlässigkeit

7/382 Da diese Art von Rechten klar umrissen ist, kann relativ einfach festgestellt wurden, ob das Recht verletzt wurde; davon getrennt ist zu prüfen, ob Vorsatz bzw Fahrlässigkeit vorliegt.

b. »Korrelative Rechte«

(1) Bedeutung

7/383 Die zweite Art von Rechten sind jene, bei denen sich die Grenzen des Schutzes erst aus einer Interessenabwägung ergeben: der Schutzbereich des korrelativen Rechts hängt davon ab, welche anderen Rechte diesem gegenüberstehen und durch den Schutz des korrelativen Rechts ihrerseits beschränkt werden. Es ist daher das Verhältnis zu prüfen zwischen dem Rang und der Schwere der drohenden Beeinträchtigung des korrelativen Rechts einerseits und der Schwere der durch den Schutz des korrelativen Rechts herbeigeführten Beschränkung der gegenüberstehenden Rechte andererseits.

(i) Korrelative Vermögensrechte

aa. Relative Vermögensrechte

7/384 Innerhalb der Vermögensrechte werden Rechte, die im Verhältnis zu einer anderen Person bestehen, wie etwa vertragliche Positionen, Forderungsrechte oder Erwerbsrechte, als relative Rechte eingeordnet.

bb. Gemeinschaftliche Vermögensrechte

7/385 Ferner zählen zu den korrelativen Vermögensrechten auch Rechte an öffentlichen Gütern *(common goods),* wie Informationen, Bodenschätzen oder der Umwelt. Beispiele hierfür sind etwa Immaterialgüterrechte, die Informationen zum Gegenstand haben, an denen ein abgesonderter Besitz wie an materiellen Gütern an sich nicht möglich ist, und die diese künstlich abgrenzen; Bergbaurechte, Fischereirechte, Wassernutzungsrechte, Rechte an heißen Quellen sowie Recht auf Sonne, reine Luft, ausreichende Luftzufuhr, Ruhe, Aussicht und den Genuss der Natur.

(ii) Korrelative Persönlichkeitsrechte

aa. Immaterielle Persönlichkeitsrechte

Auch bei den Persönlichkeitsrechten gibt es Rechte, die die geistig-seelische Verfassung des Einzelnen betreffen, wie etwa Glaubens- und Religionsfreiheit, deren Schutzbereich im Verhältnis zur Handlungsfreiheit der anderen bestimmt wird und die daher zu den korrelativen Rechten zählen. **7/386**

bb. Relative Persönlichkeitsrechte

Gleichzuhalten sind ihnen ferner Rechte, die die Gestaltung der Beziehungen zu anderen betreffen, insbesondere die Gestaltung familiärer Beziehungen. **7/387**

cc. Soziale Persönlichkeitsrechte

Auch Rechte, die das eigene Lebensbild – etwa wie man sich selbst darstellen oder was man von sich preisgeben möchte – im Verhältnis zur Gesellschaft betreffen, beispielsweise Name, Abbildung, Ehre, Vertrauen und Privatsphäre (zB das Rechte auf die Kontrolle über Informationen), stellen korrelative Rechte dar. **7/388**

(2) Voraussetzungen – Gleichsetzung von Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeit

Bei Rechten dieser Art ist häufig nicht klar, in wie weit diese als Rechte des Geschädigten reichen. Daher ist die Beurteilung, ob ein Recht verletzt wurde, gleichzeitig auch eine Beurteilung dessen, was ein anderer (der Schädiger) tun darf, sowie darüber, ob Verschulden vorliegt. In diesem Fall werden häufig nicht Rechtsverletzung und Verschulden getrennt geprüft, sondern insgesamt, ob Rechtswidrigkeit vorliegt. **7/389**

Ein Beispiel hierfür ist folgender Fall: X verletzte in Okinawa, als dieses nach dem Zweiten Weltkrieg noch von den USA besetzt war, einen amerikanischen Soldaten und wurde deshalb wegen Körperverletzung zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt. Nach Verbüßung seiner Haftstrafe zog X nach Tokyo, wo er friedlich lebte; er verheimlichte dabei jedoch seine Vorstrafe. Zehn Jahre später veröffentlichte Y, der am Verfahren gegen X als Geschworener beteiligt gewesen war, einen auf wahren Tatsachen beruhenden Roman, in dem er X ohne dessen Erlaubnis mit vollem Namen nannte, wodurch die Vorstrafe des X in dessen Umgebung allgemein bekannt wurde[113]. **7/390**

(i) Rechte des Geschädigten – Privatsphäre

In diesem Fall stellt sich einerseits die Frage, ob dem Geschädigten X ein Recht darauf zukommt, dass seine Vorstrafe nicht öffentlich bekannt gemacht wird. **7/391**

113 Dieser Fall beruht auf der Entscheidung des OGH vom 8.2.1994, Minshû 48-2, 149.

Dies überschneidet sich mit der Frage, welche Rechte demjenigen zustehen, der die Veröffentlichung vorgenommen hat.

(ii) Rechte des Geschädigten – Meinungsäußerungsfreiheit

7/392 Es ist nämlich auch zu fragen, ob der Schädiger Y berechtigt ist, einen Tatsachenroman zu veröffentlichen, der die Vorstrafe eines anderen zum Thema hat, oder anders gewendet, ob nicht durch die Auferlegung einer Schadenersatzpflicht aufgrund der Veröffentlichung die Meinungsäußerungsfreiheit des Y übermäßig beschränkt würde.

2. Arten von Eingriffen

7/393 Auch bei den Eingriffen ist zwischen zwei Formen zu unterscheiden.

a. Physische Eingriffe

7/394 Die erste Kategorie umfasst physische Verletzungen. Bei diesen wird ohne Zustimmung des Rechtsinhabers die Ausübung des Rechts beeinträchtigt.

b. Eingriff in die Entscheidung – Zusammenfallen mehrerer Aspekte

7/395 Die zweite Kategorie bilden Fälle, in denen durch Einwirkungen auf den Willen des Geschädigten – etwa durch unzutreffende Mitteilungen – eine Schädigung erfolgt. Typische Beispiele hierfür sind, dass der Geschädigte durch unzutreffende Informationen dazu gebracht wird, einen nachteiligen Vertrag zu schließen, oder dass er mangels Vornahme der erforderlichen Aufklärung einer ärztlichen Behandlung zustimmt, die er eigentlich nicht möchte. Bei dieser Art von Verletzungen spielen zwei Aspekte zusammen.

(1) Verletzung eines Herrschaftsrechts

7/396 Die eine Seite ist, dass im Ergebnis die Person oder die Vermögensgüter des Geschädigten verletzt werden, also eines der oben genannten Herrschaftsrechte. Hier lässt sich verhältnismäßig einfach feststellen, ob ein solches Recht verletzt wurde. Getrennt davon, lässt sich das Vorliegen von Vorsatz bzw Fahrlässigkeit prüfen.

(2) Verletzung eines korrelativen Rechts

7/397 Die andere Seite ist, dass das Selbstbestimmungsrecht des Geschädigten, das einem korrelativen Recht entspricht, verletzt wird. Hier wird gleichzeitig mit der Frage, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, auch geprüft, wie der Schädiger handeln hätte sollen und ob Verschulden vorliegt.

C. Verletzung von relativen Vermögensrechten – Forderungsverletzung

Zur näheren Erläuterung des oben Ausführten werden in diesem und den folgenden Abschnitten einige typische Fallgruppen besprochen. Dieser Abschnitt ist der Forderungsverletzung als Fall der oben genannten Verletzung von relativen Forderungsrechten gewidmet. **7/398**

1. Problematik

Eine Forderung ist ein gegenüber dem Schuldner bestehendes Recht. Anerkennt man eine Haftung aus Delikt wegen Verletzung eines derartigen Rechts, so treten folgende Probleme auf. **7/399**

a. Dazwischentreten des Schuldners

Erstens hängt die Verwirklichung der Forderung davon ab, ob der Schuldner die Forderung erfüllt. Anders als bei einem dinglichen Recht oder einem »körperlichen Persönlichkeitsrecht«, kann es somit von einer Handlung des Schuldners abhängen, ob das Recht verletzt wird. Daher stellt sich die Frage, wie weit die Freiheit des Schuldners zu achten ist. **7/400**

b. Erkennbarkeit

Zweitens ist, sofern es keine öffentliche Bekanntmachung gibt, das Bestehen der Forderung bzw des zugrundeliegenden Vertrages außenstehenden Dritten nicht ohne weiteres erkennbar. Anerkennt man dennoch eine deliktische Haftung aufgrund der Verletzung einer Forderung, so besteht die Gefahr, dass dem Schädiger eine für ihn nicht vorhersehbare Verpflichtung auferlegt wird. **7/401**

2. Traditionelle Ansicht – Beurteilung des Grades der Rechtswidrigkeit

Traditionell wurde das Problem der Forderungsverletzung im Rahmen der Rechtswidrigkeit bei der Beurteilung des Grades der Rechtswidrigkeit behandelt[114]. **7/402**

114 Zur Beurteilung des Grads der Rechtswidrigkeit im Verhältnis zueinander siehe oben (Rz 7/123).

a. Beurteilung der Rechtswidrigkeit

7/403 Diese Ansicht geht davon aus, dass das Vorliegen von Rechtswidrigkeit zu prüfen ist, indem der Grad der Rechtswidrigkeit in Bezug auf die verletzten Interessen und der Grad der Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Art und Weise der schädigenden Handlung umfassend zu beurteilen sind und das Verhältnis beider zueinander zu berücksichtigen ist[115].

b. Forderungsverletzung

7/404 Da eine Forderung ein durch den Willen des Schuldners vermitteltes Recht ist, ist es im Vergleich zu den dinglichen Rechten schwächer. Damit eine Forderungsbeeinträchtigung als rechtswidrig angesehen werden kann, muss daher die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung besonders hoch sein. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich folgende Arten von Forderungsverletzungen unterscheiden[116].

(1) Verletzung der Forderungszuständigkeit

7/405 Eine Art der Forderungsbeeinträchtigung ist die Verletzung der Forderungszuständigkeit.

(i) Grad der Verletzung des Interesses

7/406 Da in diesem Fall der Gläubiger seine Forderung verliert, stellt dies eine äußerst unmittelbare Form der Verletzung dar. Leistet der Schuldner etwa an den Quasiinhaber der Forderung, so ist dies eine wirksame Erfüllung, sofern der Schuldner gutgläubig ist und nicht fahrlässig handelt (Art 478 ZG). Diese Erfüllung führt dazu, dass dem Gläubiger seine Forderung entzogen wird.

(ii) Art und Weise der schädigenden Handlung

7/407 Da hier kein Unterschied zu einer Verletzung von Sachenrechten besteht, ist wie bei einer gewöhnlichen unerlaubten Handlung bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit eine Haftung gegeben.

---

115 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 125 f, 127 f, 142 f; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 106 f, 131 f.

116 *Wagatsuma,* Shintei saiken sôron – Minpô kôgi IV [Allgemeines Schuldrecht – Lehrbuch zum bürgerlichen Recht IV]² 77 f. Vgl ferner *Okuda,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht] 231 f; *Maeda,* Kôjutsu saiken sôron [Vorlesung Allgemeines Schuldrecht]³ 231 ff; sowie auch *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 118 f; *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 68 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 320 ff.

(2) *Eingriff in die Leistung*

Die andere Möglichkeit einer Forderungsbeeinträchtigung besteht in einer Störung der Leistungserbringung, so dass die Erfüllung verhindert wird. Dabei lassen sich wiederum zwei Formen unterscheiden. **7/408**

(i) Erlöschen der Forderung

Der erste Fall ist jener, dass die Erbringung der Leistung, zB durch Zerstörung des Leistungsgegenstandes oder durch Verletzung des Schuldners, verhindert und dadurch die Forderung zum Erlöschen gebracht wird. **7/409**

aa. Grad der Verletzung des Interesses

Da in diesem Fall die Forderung des Gläubigers letztlich erlischt, gilt das Gleiche wie bei einem Eingriff in die Forderung selbst. **7/410**

bb. Art und Weise der schädigenden Handlung

Strittig ist, wie die Eingriffshandlung durch den Schädiger beschaffen sein muss, damit Rechtswidrigkeit vorliegt. Die frühere herrschende Ansicht vertrat, dass wie bei einer gewöhnlichen unerlaubten Handlung das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ausreichend sei, da kein Unterschied zur Verletzung von Sachgütern bestehe[117]. **7/411**

Heute ist jedoch eine Ansicht einflussreich, nach der es erforderlich ist, dass der Schädiger erkennt und in Kauf nimmt, eine Forderung zu verletzen[118]. Wäre nämlich Fahrlässigkeit allein ausreichend, so bestünde die Gefahr, dass die Haftung des Schädigers schrankenlos würde. **7/412**

(ii) Weiterbestehen der Forderung

Der zweite Fall ist, dass der Gläubiger die Leistung nicht erlangen kann, da der Schädiger einen gleichartigen Vertrag mit dem Schuldner abgeschlossen hat. **7/413**

aa. Grad der Verletzung des Interesses

In diesem Fall ist der Grad der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Forderung des Gläubigers als verhältnismäßig niedrig anzusehen, und zwar aus folgenden Gründen. **7/414**

---

117 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 78.

118 *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 70; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 320 f.

aaa. Weiterbestehen der Forderung

7/415 Auch wenn der Gläubiger in diesem Fall die eigentliche Leistung nicht erlangen kann, so hat er doch das Recht, Schadenersatz zu fordern. Schließt der Schädiger den gleichen Vertrag mit dem Schuldner und kommt es zu einem endgültigen Rechtserwerb dadurch, dass der Schädiger oder ein Dritter, der die Sache oder das Recht vom Schädiger erworben hat, die Voraussetzungen der Drittwirksamkeit des Eigentumserwerbs[119] erfüllt, so erlischt die ursprüngliche Leistungspflicht des Schuldners gegenüber dem Gläubiger wegen Unmöglichkeit. Ist die Unmöglichkeit jedoch dem Schuldner zurechenbar, so hat der Gläubiger einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schuldner.

bbb. Ansatz des Zivilgesetzes

7/416 Bei einem Doppelverkauf kann unter Zugrundelegung der Regelung des Art 177 ZG, wonach der Verlust oder die Änderung eines dinglichen Rechts einem Dritten nur dann entgegenhalten werden kann, wenn eine Eintragung erfolgt ist, von Folgendem ausgegangen werden.

aaaa. Grundsatz des freien Wettbewerbs

7/417 In einer Gesellschaft, die auf dem freien Wettbewerb beruht, ist es zulässig, einem anderen, der ein dingliches Recht bereits erworben hat (aber noch nicht die Voraussetzungen der Drittwirksamkeit erfüllt hat), den Rechtserwerb streitig zu machen, indem man dem früheren Rechtsinhaber vorteilhaftere Konditionen anbietet.

bbbb. Eigenverantwortlichkeit des Rechtsinhabers

7/418 Verabsäumt derjenige, der das dingliche Recht als erster erworben hat, dieses sogleich eintragen zu lassen, und damit auch seine eigene Rechtsposition zu sichern, so lässt es sich nicht vermeiden, dass er in einer Gesellschaft, die auf dem freien Wettbewerb beruht, das Recht verliert.

bb. Art und Weise der schädigenden Handlung

7/419 Schließt der Schädiger einen konkurrierenden Vertrag zu demjenigen des Gläubigers, so besteht daher in der Regel noch keine Rechtswidrigkeit. Folglich muss die Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Art und Weise der schädigenden Handlung besonders stark sein.

119 Nach japanischem Recht geht das Recht im Verhältnis zwischen den Parteien bereits mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über (Art 176 ZG). Damit der Erwerber den Rechtserwerb auch Dritten entgegenhalten kann, ist bei beweglichen Sachen die Übergabe (Art 178 ZG), bei unbeweglichen Sachen die Eintragung im Grundbuch (Art 177 ZG) und bei Forderungen die Drittschuldnerverständigung (Art 467 Abs 2 ZG) bzw Eintragung in einem Register erforderlich.

aaa. Objektive Seite

Dazu ist einerseits erforderlich, dass die Handlung des Schädigers so verwerflich ist, dass sie auch in einer Gesellschaft, in der der freie Wettbewerb gilt, nicht gebilligt werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn unlautere Handlungen, wie Betrug oder Drohung, gesetzt werden oder ungerechtfertigt nur die eigenen Interessen ohne Rücksicht auf die Interessen anderer verfolgt werden. **7/420**

bbb. Subjektive Seite

Andererseits muss der Schädiger bei dem Eingriff vorsätzlich handeln. Dazu ist aber nicht nur erforderlich, dass der Schädiger weiß, dass die Forderung besteht und er diese verletzt, sondern auch, dass er den Schuldner anstiftet oder mit diesem kollusiv zusammenwirkt[120]. Es wird verlangt, dass das Vertrauen des Gläubigers darauf, dass der Schuldner die Forderung erfüllt, durch eine aktive Beteiligung des Schädigers enttäuscht wird. **7/421**

c. Kritikpunkte

An der eben dargestellten traditionellen Ansicht zur Forderungsverletzung, die sich auf eine Bestimmung der Rechtswidrigkeit durch die Beurteilung des Grads der Rechtswidrigkeit in Bezug auf die verletzten Interessen sowie auf die Art und Weise der schädigenden Handlung in ihrem Verhältnis zueinander stützt, wird Folgendes kritisiert[121]. **7/422**

(1) Kategorisierung

Die oben dargestellte Kategorisierung weist folgende Probleme auf. **7/423**

(i) Probleme hinsichtlich der Kategorie des Eingriffs in die Zuständigkeit

Einerseits bringt es wenig, den Eingriff in die Zuständigkeit als eigenständige Kategorie aufzuführen, da unstrittig ist, dass der Eingriff in die Forderungszuständigkeit eine gewöhnliche unerlaubte Handlung darstellt. **7/424**

120 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 78 f.

121 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] (1991) insbesondere 144 f; *Hirai,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht]² 118.

(ii) Probleme hinsichtlich der Kategorie des Eingriffs in die Leistung

7/425 Wenn man an die unterschiedlichen, in der Praxis auftretenden Probleme denkt, dann zeigt sich andererseits, dass die Kategorie des Eingriffs in die Leistung ganz verschiedene Fälle umfasst. Diese vielfältigen Probleme können innerhalb der aufgestellten Kategorien – Eingriff in die Zuständigkeit oder Eingriff in die Leistung, Fortbestehen der Forderung oder Erlöschen der Forderung – nicht angemessen gelöst werden.

(2) Beschränktheit der Rechtsmittel

7/426 Die traditionelle Ansicht zur Forderungsverletzung fordert ferner bei der Kategorie des Fortbestehens der Forderung bei Eingriff in die Leistung eine besonders starke Rechtswidrigkeit der Handlung, bei der Vorsatz allein nicht ausreicht, sondern Anstiftung oder Kollusion erforderlich ist. Es stellt sich jedoch die Frage, warum die deliktische Haftung derart beschränkt werden soll, wenn der Gläubiger wegen einer Handlung des Schädigers die ihm aufgrund des Vertrages zustehende Leistung nicht erhalten kann. Das würde letztlich dazu führen, dass es geradezu erlaubt ist, den Vertrag eines anderen nicht zu respektieren[122].

3. Lehre von der Vertragsverletzung

7/427 In jüngerer Zeit hat demgegenüber eine Ansicht an Einfluss gewonnen, die nun die Forderungsverletzung unter dem Gesichtspunkt der Achtung des Vertrags *(favor contractus)* betrachten will[123].

a. Aspekte der neuen Ordnung

7/428 Nach dieser Ansicht ist zwischen folgenden zwei Formen zu unterscheiden[124].

---

122 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] 673; *Isomura,* Nijû babai to saiken shingai – »Jiyû kyôsô« ron no shinwa (1) [Doppelverkauf und Verletzung von Forderungsrechten – die Legende von der Lehre vom »freien Wettbewerb«], Kôbe Hôgaku Zasshi 35-2, 391 ff.

123 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] 667 f; *Isomura,* Kôbe Hôgaku Zasshi 35-2, 392 f; *Hirai,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht][2] 119 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 108 ff.

124 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] 670 f.

(1) *Faktische Handlung – Vertragsverletzung durch eine faktische Handlung*

Die erste Kategorie bilden die Fälle, in denen die Rechte aus dem Vertrag durch eine faktische Verletzungshandlung beeinträchtigt werden, etwa durch Zerstören oder Wegnehmen der Sache, die Gegenstand des Vertrages ist, oder durch Einsperren des Schuldners. **7/429**

(2) *Rechtsgeschäft – Vertragsverletzung durch Vertrag*

Die zweite Kategorie umfasst Fälle, in denen die Rechte aus dem Vertrag durch ein Rechtsgeschäft verletzt werden, etwa durch Abschluss eines zweiten mit dem ursprünglichen Vertrag konkurrierenden Vertrags. Hierbei wird die Relativität des Vertrages zur zentralen Frage. **7/430**

b. Sinn der Kategorisierung

Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Kategorien wird deshalb notwendig, weil die Rechte des Schädigers, die beschränkt werden, in den beiden Fällen verschieden sind. **7/431**

(1) *Faktische Handlung – allgemeine Handlungsfreiheit*

Wird bei dem Eingriff durch eine faktische Handlung diese Handlung als unerlaubt angesehen, so bedeutet dies, dass man diese Handlung nicht ausführen darf. Insoweit wird also die allgemeine Handlungsfreiheit des Schädigers beschränkt. **7/432**

(2) *Rechtsgeschäft – Vertragsfreiheit*

Bei einem Eingriff durch ein Rechtsgeschäft hingegen, bedeutet die Einordnung des Vertrags als unerlaubte Handlung, dass dieser Vertrag nicht abgeschlossen werden darf. Insoweit wird also die Vertragsfreiheit des Schädigers beschränkt. Dieser Widerspruch zum Grundsatz der Vertragsfreiheit und darüber hinaus zum Grundsatz des freien Wettbewerbs stellt ein schwerwiegendes Problem dar. **7/433**

c. Faktische Handlung – Eingriff in den Vertrag durch eine faktische Handlung

Bei dem Eingriff durch eine faktische Handlung stellt sich die Frage, in wie weit zum Schutz des vertraglichen Forderungsrechts eine Beschränkung der Handlungsfreiheit des Schädigers gerechtfertigt ist. **7/434**

(1) *Vorsätzlicher Eingriff*

Wusste der Schädiger vom Bestehen der Forderung und hat er dennoch eine Handlung gesetzt, die diese beeinträchtigt, so ist die Annahme einer unerlaubten **7/435**

Handlung unproblematisch, da dies eine gravierende Verletzung des Verbots der Schädigung eines anderen *(harm principle)* darstellt. Denn es gibt keine Freiheit, die Rechte eines anderen vorsätzlich zu verletzen.

(i) Anstiftung, Kollusion

7/436 Eine dahingehende Einwirkung, dass der Schuldner die Forderung nicht erfüllt, ist sicherlich eine vorsätzliche Verletzung.

(ii) Zerstörung des Vertragsgegenstandes, Einsperren des Schuldners

7/437 Das Zerstören oder die Wegnahme des Vertragsgegenstandes oder das Einsperren des Schuldners stellt eine unerlaubte Handlung dar, wenn der Schädiger wusste, dass der Gläubiger eine Forderung aus dem Vertrag hat, und in Kauf nahm, dass diese nicht erfüllt wird.

(2) Nicht vorsätzlicher Eingriff – mittelbarer Schaden oder Schaden des Unternehmers

7/438 Problematisch ist hingegen der Fall, dass der Schädiger keinen derartigen Vorsatz hatte. Diese Situation ist etwa gegeben, wenn ein Arbeitnehmer durch einen Verkehrsunfall eine Körperverletzung erleidet und in Folge dessen sein Arbeitgeber, ein Unternehmer, einen Schaden erleidet. Dies steht jedoch in engem Zusammenhang mit der Frage der Begrenzung der Zurechnung und wird daher in Teil 7 behandelt.

d. Rechtsgeschäft – Vertragsverletzung durch Vertrag

7/439 Bei den Vertragsverletzungen durch Rechtsgeschäft sind je nach Art des konkurrierenden Vertrages folgende zwei Kategorien zu unterscheiden.

(1) Doppelverkauf – Unerlaubte Entziehung von Vermögenswerten durch Vertrag

7/440 Die erste Kategorie umfasst Fälle, in denen zwei Verträge, die jeweils die Verfügung über denselben Vermögenswert zum Gegenstand haben, miteinander konkurrieren. Das Problem liegt hier darin, dass der Gläubiger bereits mit dem Schuldner einen Vertrag über den Erwerb eines bestimmten Vermögenswertes geschlossen hat, und dennoch ein Dritter durch Abschluss eines zweiten Vertrages mit demselben Schuldner denselben Vermögenswert übertragen erhält, so dass der Gläubiger des ersten Vertrages den Vermögenswert letztlich nicht erwerben kann.

(i) Verletzung der Rechte des Geschädigten

7/441 Zunächst stellt sich die Frage, ob man sagen kann, dass die Rechte des Gläubigers des ersten Vertrages durch den Abschluss des zweiten Vertrages verletzt wurden.

aa. Verständnis des freien Wettbewerbs

Dem ZG liegt zwar der Gedanke des freien Wettbewerbs zugrunde, aber der vom ZG gestattete freie Wettbewerb hinsichtlich der Bedingungen eines Vertragsabschlusses betrifft nur die Zeit bis zum Abschluss eines Vertrages und gilt nicht auch dann, wenn bereits ein anderer einen Vertrag abgeschlossen hat. **7/442**

bb. Achtung des Vertrages

Wurde schon ein Vertrag geschlossen, so ist dieser vielmehr auch von Dritten zu achten. Wurde dennoch ein zweiter Vertrag geschlossen, so ist dies als Verletzung der Rechte des Gläubigers des früheren Vertrages anzusehen. **7/443**

(ii) Beschränkung der Rechte auf Seiten des Schädigers

Es stellt sich jedoch die Frage, wie weit eine Beschränkung der Vertragsfreiheit Dritter zum Schutz der Rechte des Gläubigers des früheren Vertrages gerechtfertigt ist. Dabei ist auf die Art und Weise der Schädigungshandlung des Dritten abzustellen, insbesondere deren subjektive Aspekte. **7/444**

aa. Vorsatzerfordernis

Es wird vertreten, dass eine unerlaubte Handlung dann anzuerkennen sei, wenn der Dritte vom früheren Vertrag wusste und gleichwohl dessen Verletzung in Kauf nahm[125]. Dies beruht auf folgenden Überlegungen. **7/445**

bb. Vorsätzlicher Doppelvertrag

Selbst wenn eine Beschränkung besteht, wonach es nicht erlaubt ist, in Kenntnis des früheren Vertrages einen konkurrierenden Vertrag zu schließen, führt dies zu keiner unangemessenen Einschränkung der Vertragsfreiheit des Dritten. **7/446**

aaa. Nichtvorsätzlicher Doppelvertrag

Wäre jedoch selbst dann, wenn der Vertragschließende keine Kenntnis vom Vorhandensein eines früheren Vertrages hat, es nicht erlaubt, einen konkurrierenden Vertrag zu schließen, so würde dies zu einer unangemessenen Einschränkung der Vertragsfreiheit führen. Denn es besteht keine Pflicht des Vertragschließenden zur Nachforschung. Dies ergibt sich aus dem Gedanken einer möglichst weitgehenden Achtung der Vertragsfreiheit. **7/447**

125 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] 674 f. Nach *Isomura,* Kôbe Hôgaku Zasshi 35-2, 392 f, liegt jedoch auch eine Handlung bei bloßer Kenntnis der Forderungsverletzung (Bösgläubigkeit) grundsätzlich außerhalb des Bereichs der Wettbewerbsfreiheit.

bbb. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

7/448 Demgegenüber wird aber auch vertreten, dass eine unerlaubte Handlung vorliege, wenn der Dritte bezüglich der Verletzung des früheren Vertrages vorsätzlich (bzw bösgläubig) oder auch lediglich fahrlässig gehandelt hat[126]. Dahinter steht der Gedanke, dass es zu keiner unangemessenen Einschränkung der Vertragsfreiheit des Dritten führt, wenn ihm eine Beschränkung auferlegt wird, wonach es nicht erlaubt ist, einen Vertrag zu schließen, wenn die Verletzung der Rechte der Parteien des früheren Vertrages erkennbar war. Dies beruht auf einer möglichst weitgehenden Verwirklichung der Achtung des Vertrages.

(2) Abwerben – unlautere Vereitelung einer Arbeitsleistung durch Vertrag

7/449 Die zweite Kategorie umfasst Fälle, in denen mehrere Dienstleistungsverträge, etwa Dienstverträge oder Auftragsverträge, miteinander konkurrieren. Hier geht es um das Problem, dass der Schuldner einer Dienstleistung durch einen weiteren Vertrag von einem anderen abgeworben wird, so dass der Gläubiger des ersten Vertrages die Dienstleistung nicht erhält.

(i) Grundfall – einfache Abwerbung

aa. Rechtsverletzung auf Seiten des Geschädigten

7/450 Hinsichtlich der verletzten Rechte des Geschädigten bestehen in diesem Fall folgende Besonderheiten.

aaa. Rechte des Geschädigten

7/451 Der Gläubiger des früheren Vertrages hat einen vertraglichen Anspruch darauf, dass er vom Arbeitnehmer eine Dienstleistung erhält, also einen Anspruch auf eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.

bbb. Freiheit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und deren Zurechnung

7/452 Jedoch hat der Arbeitnehmer die Freiheit der Wahl seines Berufes und ist auch im Allgemeinen frei, das Arbeitsverhältnis zu beenden (Art 627 ZG). Daher ist der Anspruch auf Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer kein unbeschränkter und in jedem Fall gesicherter Anspruch auf Erhalt der Arbeitsleistung.

bb. Beschränkung der Rechte auf Seiten des Schädigers

7/453 Problematisch ist, in wie weit der Schutz der Rechte des Gläubigers des früheren Vertrages eine Einschränkung der Vertragsfreiheit Dritter rechtfertigt.

126 *Hirai,* Saiken sôron [Allgemeines Schuldrecht]^{2} 120 f.

aaa. Grundregel – Vorrang der Vertragsfreiheit

In diesem Fall hat grundsätzlich die Vertragsfreiheit Vorrang, so dass keine unerlaubte Handlung anzuerkennen ist[127]. Dies beruht auf folgenden Überlegungen. **7/454**

aaaa. Freiheit des Abwerbens

Wenn ein Dritter bessere Konditionen bietet und den Arbeitnehmer (Schuldner) abwirbt, so hat dies der Gläubiger zu dulden. **7/455**

bbbb. Freiheit des Wechsels des Arbeitsplatzes

Ferner ist der Arbeitnehmer (Schuldner) frei, seinen Beruf zu wählen, so dass er nicht daran gehindert werden kann, wenn er selbst beschließt, das Arbeitsverhältnis zu beenden und eine andere Stelle anzutreten. **7/456**

bbb. Ausnahme – Verbot eines inadäquaten abweichenden Verhaltens

Da aber auch der Gläubiger des früheren Vertrages einen Anspruch hat, kommt das Verbot, die Rechte eines anderen zu verletzen, zur Anwendung. Wird gegen dieses Verbot der Schädigung eines anderen in schwerwiegender Weise verstoßen, etwa indem der Arbeitnehmer nicht bloß dazu ermuntert wird, die Stelle zu wechseln, sondern dieser auf sozial inadäquate Weise abgeworben wird, so liegt eine unerlaubte Handlung vor[128]. **7/457**

(ii) Zusammenfallen mit einem Sonderrecht

Wenn dem Geschädigten jedoch noch ein anderes schutzwürdiges Sonderrecht zukommt, so rechtfertigt dies eine Beschränkung der Freiheit des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis zu beenden, sowie der Wettbewerbsfreiheit des Dritten. Als solche Sonderrechte sind etwa die folgenden beiden vorstellbar. **7/458**

aa. Verletzung eines Betriebsgeheimnisses oder von Knowhow

Erstens ist der Fall denkbar, dass der Geschädigte ein schutzwürdiges Betriebsgeheimnis oder Knowhow besitzt. **7/459**

aaa. Rechtsverletzung auf Seiten des Geschädigten

Knowhow und Betriebsgeheimnisse sind immaterielle Güter des Geschädigten. Wenn diese an ein Konkurrenzunternehmen verraten werden, so stellt dies eine Verletzung dieser Güter dar. Daher unterliegt der Arbeitnehmer auch nach Aus- **7/460**

127 DG Tokyo vom 25.8.1993, Hanrei Jihô 1497, 86.

128 *Yoshida,* Saiken shingai-ron saikô [Neue Überlegungen zur Lehre von der Beeinträchtigung von Forderungsrechten] 675; siehe auch OGH vom 25.3.2010, Minshû 64-2, 562 (Abwerbung von Arbeitnehmern, um ein Betriebsgeheimnis in Erfahrung zu bringen, und den Ruf des früheren Arbeitgebers zu schädigen).

scheiden aus dem Betrieb des Geschädigten einer Schweigepflicht sowie der Pflicht, eine bestimmte Zeit lang nicht für ein Konkurrenzunternehmen zu arbeiten.

bbb. Beschränkung der Rechte auf Seiten des Schädigers

7/461 Zum Schutz der Rechte des Geschädigten ist wie bei einer gewöhnlichen unerlaubten Handlung eine Haftung anzuerkennen, wenn der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig handelte[129].

bb. Verletzung eines ausschließlichen oder alleinigen Vertrags

7/462 Zweitens ist es denkbar, dass der Geschädigte mit dem Schuldner einen ausschließlichen oder alleinigen Vertrag geschlossen hat.

aaa. Verletzung der Rechte auf Seiten des Geschädigten – ausschließlicher bzw alleiniger Vertrag

7/463 Die verletzten Rechte des Geschädigten weisen in diesem Fall folgende Besonderheiten auf.

aaaa. Stärkung der Rechte des Geschädigten

7/464 Der Geschädigte hat in diesem Fall Anspruch darauf, dass der Schuldner nicht für andere arbeitet.

bbbb. Begrenzung der Freiheit des Schuldners

7/465 Ferner ist die Freiheit des Schuldners, mit einem anderen einen Vertrag zu schließen, durch den ausschließlichen oder alleinigen Vertrag mit dem Geschädigten beschränkt. Er hat daher von sich aus auf die Freiheit, den Arbeitsvertrag ohne Grund zu beenden, verzichtet.

bbb. Beschränkung der Rechte auf Seiten des Schädigers

7/466 Zum Schutz der Rechte des Geschädigten ist wie bei einer sonstigen unerlaubten Handlung eine Haftung anzuerkennen, wenn der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig handelte. Denn bei einem ausschließlichen oder alleinigen Vertrag ist es auch Dritten nicht erlaubt, gegen den Vertrag zu verstoßen. In diesem Fall wird besonders die Achtung des Vertrages hervorgehoben.

129 Nach Art 4 Gesetz gegen unerlaubten Wettbewerb haftet, wer vorsätzlich oder fahrlässig durch unlauteren Wettbewerb die geschäftlichen Interessen eines anderen beeinträchtigt hat, auf den Ersatz des entstandenen Schadens.

D. Verletzung öffentlicher Vermögensrechte – Beeinträchtigung der Nachbarn und der Umwelt

1. Problematik

Als ein weiteres konkretes Beispiel für das Verhältnis zwischen Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeit kann die Verletzung von öffentlichen Vermögensrechten, insbesondere der Umwelt, genannt werden. **7/467**

a. Eigenschaft des Rechts

Da der »Genuss der Umwelt« unvermeidlicherweise vielfach durch Handlungen von Nachbarn beeinflusst wird, ist ein Ausgleich zwischen den Rechten der Nachbarn unbedingt erforderlich. **7/468**

b. Art und Weise des Eingriffs

Es gibt in diesem Fall folgende zwei Formen hinsichtlich der Art und Weise des Eingriffs[130]. **7/469**

(1) Positive Verletzung – Immission

Eine Form ist die Verletzung des »Genusses der Umwelt« durch eine Immission von außen, wie etwa Rauchbelästigung oder Lärm. In diesem Fall bestehen gewisse Gemeinsamkeiten zu einem physischen Eingriff. **7/470**

(2) Negative Verletzung

Die andere Form ist eine äußerliche Veränderung, etwa durch Vereitelung der Aussicht oder der Sonneneinstrahlung oder durch Zerstörung der Landschaft, so dass der »Genuss der Umwelt« unmöglich wird. **7/471**

c. Gegenstand des Eingriffs

Es bestehen zwei Möglichkeiten hinsichtlich des Gegenstands des Eingriffs. **7/472**

(1) Verletzung des Vermögens oder des Körpers

Einerseits ist es möglich, dass durch eine Verschlechterung der Umwelt das Vermögen oder der Körper (die Gesundheit) geschädigt wird. **7/473**

---

130 OGH vom 27.6.1972, Minshû 26-5, 1067.

(2) Verletzung des Genusses der Umwelt selbst

7/474 Andererseits kann der Genuss der Umwelt an sich verletzt werden. Dabei stellt sich die Frage, ob ein Recht jedes Einzelnen auf Genuss der Umwelt anzuerkennen ist und, wenn ja, wie weit dieses reicht.

2. Positive Verletzung – Schädigung von Gesundheit und Lebensführung durch Lärm

7/475 Derartige Störungen der Lebensführung werden mit zunehmender Urbanisierung zu einem schwerwiegenden Problem. Beeinträchtigungen durch Lärm, Geruch oder Rauch sind typische Beispiele hierfür. Hier sollen am Beispiel des Lärms die grundlegenden Überlegungen hierzu dargestellt werden.

a. Duldungsgrenze

7/476 Es wurde der Ansatz entwickelt, dass die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung in derartigen Fällen danach zu beurteilen ist, ob die Grenze dessen, was im allgemeinen gesellschaftlichen Leben als Schaden zu dulden ist, überschritten wurde[131].

(1) Innerhalb der Grenze des zu Duldenden

7/477 Überschreitet ein Schaden nicht die Grenze dessen, was zu dulden ist, so bedeutet dies, dass die Rechte des Geschädigten nicht rechtswidrig verletzt wurden und damit die Handlung des Schädigers rechtmäßig war.

(2) Jenseits der Grenze des zu Duldenden

7/478 Überschreitet hingegen der Schaden die Grenze dessen, was zu dulden ist, so bedeutet dies, dass die Rechte des Geschädigten rechtswidrig verletzt wurden und damit die Handlung des Schädigers rechtswidrig war.

b. Beurteilungsmaßstab bezüglich der Duldungsgrenze

(1) Notwendigkeit des Schutzes der Rechte des Geschädigten

7/479 Hinsichtlich der Duldungsgrenze stellt sich als erstes die Frage, wie sehr eine Notwendigkeit zum Schutz der Rechte des Geschädigten gegeben ist.

131 OGH vom 16.12.1981, Minshû 35-10, 1369; OGH vom 24.3.1994, Hanrei Jihô 1501, 96.

(i) Rechtsnatur und Inhalt der verletzten Interessen, Ausmaß der Verletzung

Die Notwendigkeit des Schutzes hängt ab, (1) von der Rechtsnatur und dem Inhalt der verletzten Interessen und (2) vom Ausmaß der Beeinträchtigung. **7/480**

aa. Körper, Gesundheit

Werden der Körper oder die Gesundheit verletzt, so ist es allgemein gerechtfertigt, den Ersatz des Schadens anzuerkennen. **7/481**

bb. Ungestörtes Leben

Geht der Schaden nicht über eine Beeinträchtigung der ungestörten Lebensführung hinaus, so stellt sich die Frage, ob eine schwerwiegende Verletzung vorliegt. **7/482**

(ii) Gebietsabhängigkeit

In welchem Umfang die Rechte des Geschädigten zu schützen sind, ist ferner (3) von dessen Aufenthalt und Umgebung abhängig. **7/483**

aa. Gesellschaftliche Beeinflussungen des Rechts

Zunächst stellt sich die Frage, was in dem relevanten Gebiet als Recht anzuerkennen ist. Das Recht auf Genuss der Umwelt kann in der Stadt oder am Land und je nachdem, ob es sich um ein Wohngebiet, ein Geschäftsviertel oder ein Industriegebiet handelt, unterschiedlich sein. **7/484**

bb. Kenntnis und Anerkennung der Veränderungen

Ferner ist zu prüfen, ob der Geschädigte beim Erwerb und der Innehabung des Rechts eine bestimmte Beschaffenheit des Gebiets voraussetzte. Zumindest dann, wenn er wusste, um welche Region es sich handelt, kann man kein darüber hinausgehendes Recht auf Umwelt zusprechen. **7/485**

(2) Angemessenheit der Rechtsausübung durch den Schädiger

Zweitens stellt sich bei der Beurteilung der Duldungsgrenze die Frage, in wie weit die Rechtsausübung auf Seiten des Schädigers angemessen war. Erst wenn es feststeht, dass diese angemessen war, kann man vom Geschädigten deren Duldung verlangen. **7/486**

(i) Ausmaß der Verletzung des Verbots, einen anderen zu schädigen

Auch hier kommt das Verbot, die Rechte eines anderen zu schädigen, zur Anwendung. Wenn dieses Verbot in hohem Grad verletzt wurde, so kann nicht von einer angemessenen Rechtsausübung ausgegangen werden, so dass dem Geschädigten keine Duldung abverlangt werden kann. **7/487**

aa. Art und Weise der Verletzungshandlung

7/488 Das Ausmaß der Verletzung des Verbots, andere zu schädigen, hängt (4) von der Art und Weise der Verletzungshandlung ab. Hierbei ist zu prüfen, ob der Schädiger von der Verletzung wusste, sie in Kauf nahm oder sogar beabsichtigte.

bb. Beginn und Fortführung der Verletzungshandlung

7/489 Weiters hängt das Ausmaß des Verstoßes gegen das Verbot, andere zu schädigen, auch (5) von Umständen am Beginn der Verletzungshandlung und während derer Fortführung ab.

(ii) Maßnahmen zur Vermeidung des Schadens sowie deren Umfang und Wirkung

7/490 Außerdem hat es auch Einfluss auf das Ausmaß des Verstoßes gegen das Verbot, andere zu schädigen, ob – wenn schon ein schädigendes Verhalten vorlag – (6) der Schädiger Maßnahmen zur Vermeidung des Schadens ergriffen hat, und, wenn ja, welche Wirkungen diese hatten.

(iii) Einhaltung verwaltungsrechtlicher Vorschriften

7/491 Ferner hängt das Ausmaß des Verstoßes gegen das Verbot, andere zu schädigen, auch davon ab, ob (7) verwaltungsrechtliche Vorschriften eingehalten wurden. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Zweck der betreffenden verwaltungsrechtlichen Regelung darin liegt, die Rechte des Geschädigten zu schützen. Daher kann nicht bloß, weil gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen wurde, ohne weiteres von einer rechtswidrigen *Rechtsverletzung* ausgegangen werden[132].

(iv) Öffentliche Belange und Erforderlichkeit für das Gemeinwohl

7/492 Bei der Bestimmung der Duldungsgrenze ist hingegen strittig, inwiefern zu berücksichtigen ist, (8) auf welche Weise und in welchem Umfang öffentliche Belange durch die Verletzungshandlung betroffen sind und in wie weit diese für das Gemeinwohl erforderlich ist.

aa. Bejahende Ansicht

7/493 Nach einer Ansicht ist die schädigende Handlung dann gerechtfertigt, wenn das öffentliche Interesse hoch ist; der Geschädigte muss die Handlung daher dulden.

bb. Verneinende Ansicht

7/494 Nach der Gegenansicht hingegen stellen öffentliche Interessen oder die Erfordernisse des Gemeinwohls keine ausreichenden Gründe dar, um eine Duldung der

132 OGH vom 24.3.1994, Hanrei Jihô 1501, 96.

Rechtsverletzung durch den Geschädigten zu erzwingen[133]. Das beruht auf folgenden Überlegungen.

aaa. Grundregel

Würde in einem solchen Fall kein Schadenersatz gewährt, so wären die Rechte des Geschädigten völlig ungeschützt. Das öffentliche Interesse kann es nicht rechtfertigen, dass der Geschädigte auf diese Weise seines Mindestschutzes beraubt wird[134]. **7/495**

bbb. Ausnahme – Gegenseitigkeitserfordernis

Wenn jedoch nicht nur das öffentliche Interesse und die Notwendigkeit für das Gemeinwohl groß sind, sondern der Geschädigte auch einen entsprechenden Vorteil erhält, so kann dies als ein zusätzlicher Grund dafür betrachtet werden, dass dem Geschädigten Duldung abverlangt wird[135]. **7/496**

E. Korrelative Persönlichkeitsrechte – Privatsphäre

Als letztes Beispiel für das Verhältnis zwischen Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeit soll hier die Verletzung von korrelativen Persönlichkeitsrechten, insbesondere die Verletzung der Privatsphäre angeführt werden. **7/497**

1. Begriff der Privatsphäre

Es ist strittig, wie der Begriff der Privatsphäre zu verstehen ist. **7/498**

a. Recht auf Geheimhaltung des Privatlebens

Nach einer Ansicht besteht ein Recht darauf, auf Wunsch »allein gelassen zu werden«, sowie ein Recht darauf, dass das Privatleben nicht ohne Erlaubnis öffentlich gemacht wird[136]. **7/499**

---

133 *Awaji,* Kôgai baishô no hôri [Rechtsprinzipien der Haftung für Umweltschäden] (1978) 239; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 366; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 150.

134 Das kann auch aus Art 29 Abs 3 JV, der auch dann, wenn etwas zum Wohl der Allgemeinheit in Gebrauch genommen wird, eine gerechte Entschädigung fordert, abgeleitet werden.

135 OGH vom 16.12.1981, Minshû 35-10, 1369.

136 DG Tokyo vom 28.9.1964, Ka-Minshû 15-9, 2317.

b. Recht auf Kontrolle der Informationen

7/500 Nach einer anderen Ansicht ist Privatsphäre das Recht, Informationen über sich selbst zu kontrollieren[137]. Dies zielt nicht auf die Wahrung privater Geheimnisse, sondern legt das Augenmerk auf eine aktive und selbständige Entscheidung darüber, wem wie viel offen gelegt werden soll.

2. Prüfung der Verletzung der Privatsphäre

a. Voraussetzung des Schutzes der Rechte des Geschädigten – Verletzung der Privatsphäre

7/501 Zunächst ist es erforderlich, dass die Privatsphäre des Geschädigten verletzt wurde.

(1) Öffentliche Angelegenheit

7/502 Eine öffentliche Angelegenheit ist eine Angelegenheit, an der die Gesellschaft ein gerechtfertigtes Interesse hat; sie wird grundsätzlich nicht von der Privatsphäre erfasst. So betreffen etwa Angelegenheiten in Zusammenhang mit Verbrechen oder Gerichtsurteilen unter anderem die Sicherheit der Gesellschaft, den Rechtsschutz der Bürger und die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch die staatlichen Organe und sind somit im Allgemeinen nicht von der Privatsphäre umfasst.

(2) Vorstrafen

7/503 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Recht daran besteht, dass Vorstrafen nicht ohne Zustimmung öffentlich gemacht werden. Dazu gibt es folgende Überlegungen.

(i) Zeitablauf

7/504 Wenn nach Ablauf einer gewissen Zeit die Vorstrafe bei durchschnittlichen Menschen in Vergessenheit geraten ist, dann besteht nicht länger ein gerechtfertigtes gesellschaftliches Interesse an der Kenntnis, sodass sie in die Privatsphäre fällt. Da es jedoch auch Ereignisse gibt, etwa historische Verbrechen, die auch nach einiger Zeit noch im Blickfeld der Öffentlichkeit stehen, kann das Verstreichen von Zeit allein schwerlich als entscheidend angesehen werden.

(ii) Resozialisierung von Straftätern

7/505 Nach dieser Ansicht besteht ein Recht darauf, wieder in die Gesellschaft eingegliedert zu werden und ein ruhiges Leben führen zu können, wenn man für das Verbrechen durch die Verurteilung und das Erdulden der Strafe gebüßt hat[138].

137 *Satô,* Kenpô [Verfassung]³ (1995) 453 f. Vgl auch OGH vom 12. 9. 2003, Minshû 57-8, 973.
138 OGH vom 8. 2. 1994, Minshû 48-2, 149.

b. Voraussetzungen der Beschränkung der Rechte des Schädigers

Der Schutz der Rechte des Geschädigten führt in derartigen Fällen zwangsläufig zu einer Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit des Schädigers. Problematisch ist jedoch, in welchem Umfang eine solche Einschränkung gerechtfertigt ist. **7/506**

In Bezug auf die Veröffentlichung einer Vorstrafe wurde dies wie folgt beurteilt[139]. **7/507**

(1) Grad der Einschränkung der Rechte des Schädigers

(i) Vorliegen von Gründen für den Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit

Ist das gesellschaftliche Interesse in Hinblick auf die historische oder gesellschaftliche Bedeutung des Ereignisses, die Wichtigkeit der beteiligten Personen oder die sozialen Aktivitäten des Geschädigten oder dessen Einfluss als gering zu bewerten, so gibt es auch kaum Gründe dafür, der Meinungsäußerungsfreiheit den Vorrang einzuräumen. **7/508**

(ii) Ausmaß der Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit

Ist die Bedeutung und Notwendigkeit der Verwendung des richtigen Namens des Betroffen in Hinblick auf den Zweck und die Art des Werks gering, so wird die Meinungsäußerungsfreiheit durch ein Verbot der Nennung des richtigen Namens nur geringfügig beeinträchtigt. **7/509**

(2) Notwendigkeit des Schutzes der Rechte des Geschädigten

Kommt es für den Geschädigten im Hinblick auf sein weiteres Leben ganz entscheidend darauf an, dass seine Vorstrafe nicht öffentlich gemacht wird, so rechtfertigt dies eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit des Schädigers. **7/510**

III. Verschulden

A. Der Begriff des Verschuldens

Beim Verschulden stellt sich als erstes die Frage, was mit dem Begriff des Verschuldens eigentlich gemeint ist. **7/511**

---

139 OGH vom 8.2.1994, Minshû 48-2, 149.

1. Subjektiver Verschuldensbegriff

7/512 Früher war eine Ansicht einflussreich, wonach unter Verschulden ein persönlicher Vorwurf gegenüber dem Handelnden verstanden wurde.

a. Bedeutung des Begriffs

7/513 Nach dieser Ansicht bedeutet Verschulden (Fahrlässigkeit), dass aufgrund mangelnder Anspannung des Willens und der sich daraus ergebenden Unachtsamkeit der Eintritt des Schadens nicht erkannt wird[140].

b. Zweck

7/514 Dahinter steht der Gedanke, dass derjenige, der es an der erforderlichen Willensanspannung fehlen lässt, jedenfalls für den Ersatz des Schadens zu haften hat.

2. Objektiver Verschuldensbegriff

7/515 Heute ist jedoch die Ansicht herrschend, die das Verschulden als rechtfertigenden Grund dafür versteht, dem Schädiger die Schadenersatzhaftung aufzuerlegen.

a. Bedeutung des Begriffs

7/516 Demnach wird Verschulden (Fahrlässigkeit) als Verletzung der Pflicht, mit der zur Vermeidung des nachteiligen Erfolgs erforderlichen Sorgfalt zu handeln, verstanden[141].

b. Zweck

7/517 Dahinter steht der Gedanke, dass es schon deshalb gerechtfertigt sei, dem Schädiger die Haftung für den Ersatz des Schadens aufzuerlegen, weil er nicht getan hat, was er tun sollte. Dem liegen folgende Überlegungen zu Grunde.

---

140 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 105; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 64. Da jedoch als Maßstab die allgemein in der Gesellschaft geforderte Sorgfalt herangezogen wird (*Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 105; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 68 f), ist hier bereits ein objektives Element enthalten.

141 *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 35 ff; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 27 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 303 ff; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 178; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 178.

(1) Gesellschaftlicher Wandel –Gefahrenerhöhung

Grundlage bildet dabei die Annahme, dass in der heutigen Gesellschaft qualitative Veränderungen feststellbar sind, durch die die Gefahr von Rechtsverletzungen steigt. Hinzuweisen ist einerseits auf die Entwicklungen bei Verkehrsmitteln, die hohe Geschwindigkeiten erreichen können, wie Zügen oder Autos, sowie bei Unternehmen, die gefährliche Stoffe, wie Strom oder Gas, erzeugen und dabei gefährliche Maschinen verwenden, sowie andererseits auf die Ausweitung der sozialen Kontakte zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft. **7/518**

(2) Steigerung des Schutzbedürfnisses und dessen Auswirkungen auf den Verschuldensbegriff

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen ist das Schutzbedürfnis gestiegen. Um diesem gerecht zu werden, ist nicht auf die Anspannung des Willens zur Vermeidung des Schadenseintritts, sondern darauf abzustellen, ob jemand nicht das getan hat, was er tun sollte, bzw etwas getan hat, was er nicht tun sollte. **7/519**

B. Gegenstand des Verschuldens

1. Problematik

Die zweite Frage im Zusammenhang mit dem Verschulden ist, welches Handeln oder Unterlassen Verschulden darstellt. **7/520**

a. Gegenstand des Verschuldens

Allgemein wird es als schuldhaft angesehen, wenn der Erfolg nicht vermieden wurde. Denn wenn man davon ausgeht, dass man die Rechte eines anderen nicht beeinträchtigen darf, dann ist zumindest eine Pflicht anzuerkennen, den nachteiligen Erfolg, dh die Verletzung des Rechts, zu vermeiden. **7/521**

b. Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs

Diese Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs gründet sich auf folgende Überlegungen. **7/522**

(1) Begründung der Pflicht – Möglichkeit der Vermeidung

Soll – ohne auf den Willen des Schädigers abzustellen – eine Pflichtverletzung angenommen und damit eine Haftung begründet werden können, so setzt dies voraus, dass der Schädiger nicht getan hat, was ihm möglich gewesen wäre zu tun. Denn würde man etwas verlangen, was ihm nicht möglich war, so würde dies die Freiheit und die Rechte desjenigen, dem eine Pflichtverletzung vorgeworfen wird, übermäßig einschränken. **7/523**

(2) Maßgeblicher Begriff der Möglichkeit

7/524 Die Voraussetzung, dass der Schädiger etwas hätte tun können, hat folgende zwei Aspekte:

(i) Vermeidbarkeit

7/525 Erstens bedeutet dies, dass der Schädiger den Erfolg nicht vermieden hat, obwohl er es hätte können.

(ii) Vorhersehbarkeit

7/526 Zweitens bedeutet es, dass der Schädiger den Erfolg nicht vorhergesehen hat, obwohl er ihn vorhersehen hätte können, und dadurch den Erfolg nicht vermieden hat.

2. Vermeidbarkeit

7/527 Strittig ist, ob die Vermeidbarkeit getrennt von der Vorhersehbarkeit zu beurteilen ist.

a. Vorhersehbarkeit als alleinige Voraussetzung der Vermeidungspflicht

7/528 Nach einer Ansicht ist eine Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs anzuerkennen, wenn Vorhersehbarkeit gegeben ist. Denn wenn der Erfolg vorhersehbar ist, dann darf man die schädigende Handlung nicht setzen und hat so den Eintritt des Erfolgs zu vermeiden. Diese Ansicht fordert die Vermeidung des nachteiligen Erfolgs durch Beendigung der schädigenden Handlung[142].

b. Vermeidbarkeit als zusätzliche Voraussetzung zur Vorhersehbarkeit

7/529 Hingegen wird überwiegend angenommen, dass bei Vorhersehbarkeit des Erfolges nicht ohne weiteres eine Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs angenommen werden kann, sondern dass vielmehr das Bestehen einer derartigen Pflicht in Hinblick auf die konkrete Vermeidbarkeit zu beurteilen ist. Hierbei stellt sich die Frage, welche Maßnahmen zur Vermeidung des Erfolgs vom Schädiger gefordert werden können.

142 Appellationsgericht Osaka vom 29.7.1915, Shinbun 1047, 25 (unterinstanzliche Entscheidung zu RGH vom 22.12.1916 s unten FN 143).

(1) *Angemessene Maßnahmen zur Vermeidung*

Die Rechtsprechung verlangt lediglich, dass angemessene Maßnahmen getroffen werden, wie sie allgemein bei derartigen Handlungen bzw Tätigkeiten üblich sind[143]. **7/530**

(i) Argumentation

Maßnahmen, die über das Angemessene hinausgehen, sind für den Schädiger »etwas, was er nicht tun kann«, also etwas Unmögliches. Folglich können selbst dann, wenn der Erfolg vorhersehbar ist, nur angemessene Maßnahmen verlangt werden. Sofern der Schädiger angemessene Maßnahmen getroffen hat, darf er die betreffende Handlung oder Tätigkeit fortsetzen. **7/531**

(ii) Problematik

Dies kann in zweierlei Weise verstanden werden; jedes Verständnis für sich ist allerdings problematisch. **7/532**

aa. Aufrechterhaltung des Status quo seitens des Schädigers

Eine Verständnismöglichkeit ist, dass dem Schädiger Maßnahmen zur Schadensvermeidung auferlegt werden dürfen, soweit sie für den Schädiger im Vergleich mit seiner gegenwärtigen Lage nicht nachteilig sind. Das bedeutet, dass die Frage, in welchem Umfang die Rechte des Schädigers zum Schutz der Rechte des Geschädigten beschränkt werden dürfen, verstanden wird als: was ist dem Schädiger zumutbar, ohne seine Rechte zu beeinträchtigen? Damit wird dem Status quo des Schädigers der Vorrang gegeben; dies ist allerdings ganz und gar nicht selbstverständlich. **7/533**

bb. Betonung des gesellschaftlichen Nutzens

Nach dem zweiten möglichen Verständnis dürfen, sofern die betreffende Handlung oder Tätigkeit für die Gesellschaft allgemein nützlich ist, nicht weitergehende Maßnahmen verlangt werden als jene, die zur Schadensvermeidung angemessen sind. Dahinter steht der Gedanke, dass der Gesellschaft aus der Vermeidung des Erfolgs nicht übermäßige Nachteile entstehen dürfen. Es ist jedoch problematisch, ein solches Interesse der Allgemeinheit als Grund dafür anzuerkennen, dem Geschädigten den Schutz seiner tatsächlich gefährdeten Rechte zu verweigern[144]. **7/534**

(2) *Weitere Möglichkeiten*

Weiters sind auch folgende Ansichten denkbar. **7/535**

143 RGH vom 22.12.1916, Minroku 22, 2474 (Osaka Alkali-Fall).
144 *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 176 f; *Shiomi,* Fuhô kôihô [Recht der unerlaubten Handlung] 158.

(i) Beste Maßnahme zur Vermeidung

7/536 So kann einerseits die Ergreifung der am besten geeigneten Maßnahme hinsichtlich der betreffenden Handlung oder Tätigkeit verlangt werden[145].

(ii) Vollkommene Vermeidung

7/537 Andererseits kann sogar auch die Unterlassung der Handlung oder Tätigkeit als Maßnahme verlangt werden[146]. Denn wenn der Erfolg auch bei Ergreifung der besten Maßnahme immer noch einträte, bleibt nichts anderes übrig, als die betreffende Handlung oder Tätigkeit ganz einzustellen.

3. Vorhersehbarkeit

a. Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit

7/538 Strittig ist, ob die Vorhersehbarkeit Voraussetzung des Verschuldens ist.

(1) Keine Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit

7/539 Nach einer Ansicht haftet der Schädiger unabhängig von der Vorhersehbarkeit, wenn er eine Handlung setzt, deren nachteiliger Erfolg die vom Geschädigten zu duldende Grenze übersteigt[147]. Der Grund hierfür ist, dass ein striktes Erfordernis der Vorhersehbarkeit dazu führt, dass der Geschädigte unvorhersehbare Schäden selbst zu tragen hätte und damit der Schädiger, der die Vorteile der gefährlichen Tätigkeit genießt, von der Haftung befreit wäre. Dies wäre keine gerechte Verteilung des Schadens.

(2) Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit

7/540 Die Mehrheit vertritt jedoch, dass die Vorhersehbarkeit eine notwendige Voraussetzung für die Begründung einer Verhaltenspflicht ist[148].

(i) Begründung

7/541 Dies hat folgende Gründe.

145 Möglicherweise ging das Appellationsgericht Osaka vom 27.12.1919, Shinbun 1659, 11 (neuerliche Entscheidung im Osaka Alkali-Fall nach Zurückverweisung durch den RGH) von dieser Überlegung aus.

146 DG Niigata vom 29.9.1971, Ka-minshû 22-9/10 Bessatsu, 1 (Niigata Minamata-Krankheits-Fall).

147 *Awaji,* Kôgai baishô no hôri [Rechtsprinzipien der Haftung für Umweltschäden] 45 f, 95 f.

148 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 27 f; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 182 f; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 174 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I][2] 294 f.

aa. Voraussetzung einer Verhaltenspflicht

Erstens kann man nicht sagen, dass der Schädiger den Erfolg hätte vermeiden müssen und können, wenn er den Erfolg nicht vorhersehen konnte. **7/542**

bb. Verschuldensunabhängige Haftung getarnt als Verschuldenshaftung

Zweitens würde man eine verschuldensunabhängige Haftung unter dem Deckmantel des Verschuldens anerkennen, nähme man in einem solchen Fall eine Verhaltenspflicht und damit ein Verschulden an[149]. **7/543**

(ii) Gegenstand der Vorhersehbarkeit

Strittig ist ferner, was Gegenstand der Vorhersehbarkeit ist, was also vorhergesehen werden müsste. **7/544**

aa. Konkrete Gefahr

Nach einer Ansicht muss der konkrete Erfolg vorhergesehen werden[150]. Denn wenn der Handelnde nur abstrakt einen nicht näher bestimmten Erfolg vorhersieht, weiß er nicht, welche Maßnahme er zur Vermeidung des Erfolgs treffen muss; man kann daher nicht sagen, dass er den Erfolg hätte vermeiden können. **7/545**

bb. Abstrakte Gefahr

Nach einer anderen Ansicht reicht es aus, dass abstrakt das Eintreten irgendeines nachteiligen Erfolgs vorhersehbar ist[151]. Denn zumindest dann, wenn es um noch nicht bekannte Gefahren geht, wie etwa bei Umweltschäden oder Schäden durch Medikamente, gebietet das Verbot der Schädigung anderer, bei Bestehen des Risikos einer Rechtsverletzung zur Schadensvermeidung beispielsweise Informationen einzuholen oder wissenschaftliche Untersuchungen durchzuführen. **7/546**

b. Verschärfung der Pflicht, sich zu bemühen, den Schaden vorherzusehen

Die Rechtsprechung geht häufig von einer Pflicht des Schädigers aus, sich um die Erkennung des Schadensrisikos zu bemühen, um dem Geschädigten zu einem Schadensausgleich zu verhelfen. Wird eine solche Pflicht verletzt, so wird die **7/547**

149 *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 185 f; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 332 ff.

150 Siehe *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 190 f. Ähnlich wohl auch *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 27 f.

151 *Sawai,* Kôgai no shihôteki kenkyû [Privatrechtliche Untersuchungen zu Umweltschäden] (1969) 176; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 294 f.

Vorhersehbarkeit angenommen und damit ein hoher Maßstab an das Erkennenmüssen angelegt.

(1) Typisierte Verhaltensregeln

7/548 Bestehen typisierte Verhaltensregeln und wird gegen diese verstoßen, so muss nicht mehr auf die konkrete Vorhersehbarkeit abgestellt werden.

(i) Typische Unfälle

7/549 Bei der Verletzung typisierter Sorgfaltspflichten, etwa einem Verstoß gegen die Straßenverkehrsregeln, ist unabhängig von der konkreten Vorhersehbarkeit des Erfolgs von Verschulden auszugehen[152].

(ii) Außergewöhnliche Umstände

7/550 Treten jedoch außergewöhnliche Umstände auf, kann man vom Schädiger keine Maßnahmen zur Verhinderung oder Vermeidung des Schadens erwarten, wenn die konkrete Gefahr nicht vorhersehbar war. Hierin könnte man eine Anwendung des Vertrauensgrundsatzes sehen[153], wonach es zulässig sei, im Verkehr darauf zu vertrauen, dass die anderen Verkehrsteilnehmer die Verkehrsregeln einhalten und angemessene Verhaltensweisen ergreifen werden, um einen Zusammenstoß mit dem eigenen Auto zu vermeiden[154].

(2) Einführung einer Pflicht zur Nachforschung

7/551 Ferner kann bei Tätigkeiten von hoher abstrakter Gefährlichkeit für Leben und Körper dem Handelnden eine Pflicht zur Prüfung der konkreten Gefährlichkeit der Handlung auferlegt werden. Verstößt er gegen diese Pflicht, so wird die Gefahr als voraussehbar angesehen und es liegt eindeutig Verschulden vor.

(i) Ärztlicher Behandlungsfehler

7/552 Was ärztliche Behandlungsfehler betrifft, so wird dem Arzt eine Pflicht auferlegt, Informationen zu sammeln sowie Untersuchungen, Befragungen und Beobachtungen durchführen, um eine konkrete Gefahr zu erkennen[155].

---

152 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 362; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 176 f, 180 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung][4] 73; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I][2] 326 f.

153 Siehe etwa OGH vom 19. 11. 1991, Hanrei Jihô 1407, 64.

154 OGH vom 20. 12. 1966, Keishû 20-10, 1212 (hier im Rahmen eines Strafverfahrens).

155 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 360; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I][2] 332 f.

aa. Sorgfaltspflicht des Arztes

Nach der allgemeinen Lehre ist derjenige, der für das Leben und die Gesundheit von Menschen zu sorgen hat, zur weitestgehenden Sorgfalt verpflichtet, die erfahrungsgemäß zur Verhütung der Gefahr erforderlich ist[156]. **7/553**

bb. Pflicht zur Befragung

Daraus ergibt sich eine Pflicht des Arztes, den Patienten eingehend zu befragen; verstößt er gegen diese Pflicht, so liegt Verschulden vor[157]. **7/554**

aaa. Voraussetzungen

Die Annahme einer solchen Pflicht zur Befragung setzt zunächst das Bestehen einer bestimmten abstrakten Gefahr voraus. Ferner muss eine Befragung ein effektives Mittel darstellen, um die Verwirklichung dieser Gefahr zu vermeiden. **7/555**

bbb. Wirkungen

Wäre demnach bei Durchführung einer angemessenen Befragung der Eintritt des Erfolges vorhersehbar gewesen, ist diese aber nicht erfolgt, so wird bei Eintritt des Erfolges angenommen, dass der Arzt eine Sorgfaltspflicht verletzt hat und es liegt somit Verschulden vor. **7/556**

cc. Verschärfung der Befragungspflicht

Diese Pflicht, eine Befragung durchzuführen, wird in manchen Fällen noch weiter verschärft. **7/557**

aaa. Begründung und Inhalt der Pflicht

Besteht etwa bei einer Grippeimpfung die Möglichkeit, dass ungewöhnliche Nebenwirkungen auftreten, die aufgrund der körperlichen Konstitution und Prädisposition des zu Impfenden zu schwerwiegenden Folgen (zB Tod oder Gehirnentzündung) führen können, so hat der Arzt zur Vermeidung dieser Gefahr folgende Pflichten zu erfüllen[158]. **7/558**

aaaa. Pflicht, sich um das Erkennen von Kontraindikationen zu bemühen

Der Arzt ist verpflichtet, eine sorgfältige Voruntersuchung vorzunehmen, gewissenhaft zu prüfen, ob die Impfung für den Betreffenden erforderlich ist, und gegebenenfalls Kontraindikationen genau festzustellen. **7/559**

156 OGH vom 16.2.1961, Minshû 15-2, 244.
157 OGH vom 16.2.1961, Minshû 15-2, 244.
158 OGH vom 30.9.1976, Minshû 30-8, 816.

bbbb. Verschärfung der Befragungspflicht

7/560 Dazu reicht es nicht, dass der Arzt allgemeine und abstrakte Fragen zu allfälligen Auffälligkeiten des Gesundheitszustandes stellt, sondern er ist verpflichtet, konkrete Fragen zu stellen, soweit diese erforderlich sind, um Kontraindikationen zu erkennen[159]. Wird die Tätigkeit in großem Umfang durchgeführt, etwa bei Massenimpfungen, so ist es schwierig, diese Pflicht in jedem einzelnen Fall tatsächlich zu erfüllen; insofern kann man von einer Verschärfung der Pflicht sprechen.

bbb. Folgen des Pflichtverstoßes

7/561 Bei einem Verstoß gegen diese Pflicht wird vermutet, dass der zuständige Arzt aufgrund von Fahrlässigkeit den Erfolg nicht vorhergesehen hat, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre[160].

(ii) Umweltschäden, Medikamentenschäden

7/562 Bei Umwelt- und Medikamentenschäden wurde dem Unternehmer von der Rechtsprechung teilweise eine Pflicht zur Untersuchung bzw Nachforschung und zur Informationssammlung auferlegt, um so eine konkrete Gefahr erkennen zu können[161].

aa. Umweltschäden

aaa. Begründung und Inhalt der Pflichten

7/563 Ist beispielsweise in einem Chemieunternehmen, wo das chemische Wissen ständig weiterentwickelt wird und große Mengen an chemischen Produkten hergestellt werden, nicht bekannt, was für Stoffe in diesen Prozessen als Nebenprodukte anfallen, so dass sich möglicherweise Schadstoffe darunter befinden, die von hoher Gefährlichkeit für Menschen und andere Lebewesen sind, so werden dem Unternehmer zur Vermeidung solcher Gefahren folgende Pflichten auferlegt[162].

aaaa. Pflicht der Unternehmensführung

7/564 Der Unternehmer hat die Fabriken für gewöhnlich so zu führen, dass mit Sicherheit keine Schadstoffe aus dem Unternehmen hinaus gelangen.

bbbb. Verschärfte Pflicht zur Nachforschung

7/565 Ferner hat das Unternehmen, wenn es Abwasser aus den Produktionsstellen in Flüsse etc ableiten möchte, die fortschrittlichste Technologie zur Analyse anzuwenden und das Abwasser auf Schadstoffe sowie deren Eigenschaften und Quantität zu untersuchen, sowie auf dieser Grundlage vollkommen sichere Maßnahmen

159 OGH vom 30.9.1976, Minshû 30-8, 816.
160 OGH vom 30.9.1976, Minshû 30-8, 816.
161 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 330 f.
162 DG Niigata vom 29.9.1971, Ka-minshû 22-9/10 Bessatsu, 1.

zur Vermeidung einer Gefährdung von Menschen und anderen Lebewesen zu treffen[163].

bbb. Folgen eines Pflichtverstoßes

Verstößt ein Unternehmen gegen die oben genannte Pflicht zur Nachforschung, so wird die Vorhersehbarkeit des Erfolgs vermutet und ihm auf dieser Grundlage eine Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs auferlegt. **7/566**

bb. Medikamentenschäden

aaa. Begründung und Inhalt der Pflicht

Werden etwa in einem Pharmaunternehmen Arzneimittel, die unmittelbar vom menschlichen Körper aufgenommen werden, hergestellt, so besteht die Möglichkeit, dass durch die Einnahme des Medikaments eine große Zahl von Leuten in hohem Maße gefährdet wird. Zur Vermeidung dieser Gefahr werden Pharmaunternehmen folgende Pflichten auferlegt[164]. **7/567**

aaaa. Neue Medikamente

Bei einem neuen Medikament besteht die Pflicht, bevor das Medikament auf den Markt gebracht wird, In-vitro-Versuche, Tierversuche und klinische Studien etc entsprechend den höchsten technischen Standards durchzuführen. **7/568**

bbbb. Auf dem Markt befindliche Medikamente

Bei Medikamenten, die sich bereits auf dem Markt befinden, sind fortgesetzt Literatur und Informationen zu sammeln. Sollten diese zu Zweifeln über das Bestehen von Nebenwirkungen Anlass geben, so besteht die Pflicht, möglichst rasch über das Bestehen und das Ausmaß von Nebenwirkungen bei dem betreffenden Medikament Klarheit zu erzielen, indem entsprechend der Stärke der Zweifel etwa Tierversuche durchgeführt werden oder die Krankengeschichte zu dem betreffenden Medikament erhoben wird und Folgeuntersuchungen durchgeführt werden. **7/569**

bbb. Folgen eines Pflichtverstoßes

Die obengenannte Pflicht entspricht einer Pflicht, alles Zumutbare zu tun, um das Risiko vorhersehen zu können; verstößt das Pharmaunternehmen gegen diese Pflicht, so wird von der Vorhersehbarkeit des Erfolgs damit vom Bestehen einer Pflicht ausgegangen, den Erfolg zu vermeiden[165]. **7/570**

163 DG Niigata vom 29.9.1971, Ka-minshû 22-9/10 Bessatsu, 1.
164 DG Tokyo vom 3.8.1978, Hanrei Jihô 899, 48.
165 DG Tokyo vom 3.8.1978, Hanrei Jihô 899, 48.

c. Einordnung der Nachforschungspflicht

7/571 Wie oben gezeigt, wird bei Geschäften mit hoher abstrakter Gefährlichkeit häufig eine Pflicht zur Nachforschung angenommen. Es gibt jedoch zwei unterschiedliche Ansichten um die Frage, wie diese Pflicht einzuordnen ist.

(1) Als Pflicht zum Vorhersehen des Schadens

7/572 Nach einer Ansicht besteht diese Pflicht darin, alles Zumutbare zu tun, um den Schaden vorhersehen zu können[166].

(i) Vorhersehbarkeit

7/573 Demnach wird bei einem Verstoß gegen die Nachforschungspflicht die Vorhersehbarkeit angenommen. Das heißt, dass die Nachforschungspflicht die Fälle erweitert, in denen von der Vorhersehbarkeit des Schadens ausgegangen werden kann.

(ii) Vermeidbarkeit

7/574 In weiterer Folge ist zu prüfen, ob die vorhersehbare Gefahr hätte vermieden werden können.

(2) Als Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs

7/575 Nach der anderen Ansicht liegt bei Verstoß gegen die Nachforschungspflicht Verschulden vor[167]. Dies lässt sich folgendermaßen begründen.

(i) Schutz der Rechte des Geschädigten

7/576 Besteht ein hohes Risiko einer schwerwiegenden Rechtsverletzung, so ist zu deren Abwendung bereits im Vorfeld von einer Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs auszugehen. Diese besteht auch in der Pflicht zur Nachforschung.

(ii) Beschränkung der Rechte des Schädigers

7/577 Hat der Schädiger die erforderliche Nachforschung nicht durchgeführt, obwohl sie möglich gewesen wäre, und ein Recht verletzt, so muss er haften.

166 Siehe etwa DG Niigata vom 29.9.1971, Ka-minshû 22-9/10 Bessatsu, 1; DG Tokyo vom 3.8.1978, Hanrei Jihô 899, 48.

167 Dies trifft insbesondere auf Fälle zu, in denen der Erfolg leicht vermieden hätte werden können, wenn er nur vorhergesehen worden wäre. OGH vom 16.2.1961, Minshû 15-2, 244 ist ein solcher Fall.

C. Verschuldensmaßstab

1. Methode zur Beurteilung der Fahrlässigkeit

Als erstes stellt sich bezüglich des Verschuldensmaßstabs die Frage, wie Verhaltenspflichten als Voraussetzung der Fahrlässigkeit zu bestimmen sind. **7/578**

a. Learned Hand-Formel

Als Methode hierfür dient nach einer einflussreichen Ansicht die von *Learned Hand* entwickelte Formel[168]. **7/579**

(1) Beurteilungsmaßstab

Nach dieser sind das Gewicht der verletzten Interessen und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Erfolgs (A) mit den durch die Auferlegung der Verhaltenspflicht beeinträchtigten Interessen (B) abzuwägen. Überwiegt A gegenüber B, so ist die Verhaltenspflicht anzuerkennen. Dies bedeutet, dass unter Zugrundelegung utilitaristischer Überlegungen, die aus dem US-amerikanischen Recht übernommen wurden, die folgenden beiden Nutzen gegen einander abgewogen werden und so das Verschulden beurteilt wird. **7/580**

(i) Nutzen, den der Geschädigte aus der Festlegung der Verhaltenspflicht gewinnt

Erstens ist dies der Nutzen, den der Geschädigte aus der Festlegung der Verhaltenspflicht erhalten würde (A). Dieser setzt sich aus zwei Elementen zusammen. **7/581**

aa. Gewicht der verletzten Interessen

Ein Element ist das Gewicht der verletzten Interessen. Hier sind (1) Leben, Körper, Freiheit, (2) Eigentum und andere dingliche Rechte, (3) Forderungen, (4) andere Interessen (zB Licht, Luft, Aussicht, Ehre, Privatsphäre) zu berücksichtigen. **7/582**

bb. Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts

Das andere Element ist die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Hier sind etwa (1) die an sich gefährliche Handlung und (2) die Hervorrufung, Fortsetzung, Beherrschung oder Betreuung der Gefahrenquelle zu berücksichtigen. **7/583**

168 *Hirai,* Songai baishô-hô no riron [Theorie des Schadenersatzrechts] 402 f; *derselbe,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 30.

(ii) Nutzen, der durch die Festsetzung der Verhaltenspflicht verloren wird

7/584 Zweitens geht es um den Nutzen, der durch die Festsetzung der Verhaltenspflicht verloren ginge (B). Dabei sind folgende Nachteile zu berücksichtigen.

aa. Nachteile des Schädigers

7/585 Dies sind einerseits die Nachteile des Schädigers (B1), die etwa in den Kosten der Vermeidung bestehen können.

bb. Nachteile des Geschädigten

7/586 Andererseits sind es die Nachteile des Geschädigten (B2), bei denen etwa der Verlust von Interessen, die er aus der Tätigkeit des Schädigers gewinnen könnte, zu berücksichtigen ist (zB bei medizinischen Behandlungen oder Medikamenten).

cc. Nachteile der Gesellschaft

7/587 Ferner sind auch die Nachteile der Allgemeinheit (B3) zu berücksichtigen, wobei auf die Nützlichkeit der Tätigkeit des Schädigers für die Gesellschaft abzustellen ist (zB beim Gebrauch von Autos oder Pharmazeutika oder bei der Prävention von Krankheiten).

(2) Probleme

7/588 Bei der *Hand-Formel* stellen sich jedoch folgende Probleme.

(i) Mangelnde Rechtfertigung

7/589 Erstens wird nicht klargestellt, aus welchen Gründen diese im amerikanischen Recht zu berücksichtigenden Faktoren auch im japanischen Recht für die Abwägung eine Rolle spielen sollen.

(ii) Problempunkte bei der Nutzenabwägung

7/590 Zweitens weist die Nutzenabwägung, die die Grundlage der *Hand-Formel* bildet, folgende Probleme auf[169].

aa. Kostenvermeidung

7/591 Da es dabei allein um eine Abwägung der Kosten geht, besteht die erhebliche Gefahr, dass der Schutz der Rechte des Geschädigten in den Hintergrund tritt.

169 *Awaji,* Kôgai baishô no hôri [Rechtsprinzipien der Haftung für Umweltschäden] 99; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]^2 36.

bb. Gesellschaftlicher Nutzen

Ferner besteht die beträchtliche Gefahr, dass Betriebe mit einem Nutzen für die Allgemeinheit Vorrang vor den Rechten des Geschädigten erhalten. Anders als bei einem Unterlassungsanspruch ist der Geschädigte völlig ungeschützt, wenn ihm kein Schadenersatz gewährt wird. **7/592**

b. Methode der Abwägung zwischen Rechten

Um zu beurteilen, ob eine unerlaubte Handlung vorliegt, ist es notwendig, die Rechte des Geschädigten und die des Schädigers gegen einander abzuwägen. Die *Hand-Formel* kann gerade auch in eine Methode für eine derartige Abwägung zwischen den Rechten umfunktioniert werden[170]. **7/593**

(1) Bedeutung des Verschuldenserfordernisses

Das Deliktsrecht dient dem Schutz der Rechte des Geschädigten vor Eingriffen durch den Schädiger. Anerkennt man jedoch zum Schutz der Rechte des Geschädigten eine deliktische Haftung, so führt dies zu einer Einschränkung der Rechte des Schädigers. Im Zusammenhang mit dem Verschuldenserfordernis stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Rechte des Schädigers zum Schutz der Rechte des Geschädigten und die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten gerechtfertigt werden können. **7/594**

(2) Grad der Beschränkung der Rechte des Schädigers

Dabei stellt sich zunächst die Frage, in wie weit die Rechte des Schädigers durch die Auferlegung einer Verhaltenspflicht eingeschränkt werden. **7/595**

(i) Richtlinien der Abwägung

Je stärker die Rechte des Schädigers durch die Auferlegung der Verhaltenspflicht eingeschränkt werden, desto gewichtiger müssen die Gründe für eine solche Einschränkung sein. Dies entspricht Element B1 der *Hand-Formel.* **7/596**

(ii) Bedeutung des Grundsatzes der Verschuldenshaftung

Nach dem Grundgedanken der Verschuldenshaftung sind prinzipiell Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit Voraussetzungen für die Auferlegung einer Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs. Dies kann wie folgt eingeordnet werden. **7/597**

---

170 Siehe *Yamamoto,* Kôjo ryôzoku-ron no sai-kôsei [Neukonzeption der Lehre von der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten] 272 f. Dies wird auch von *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]^2 292 f, vertreten.

aa. Vorhersehbarkeit

7/598 Wird eine Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs auferlegt, obwohl dieser nicht vorhersehbar war, so führt dies zu einer starken Beschränkung der Rechte des Schädigers.

bb. Vermeidbarkeit

7/599 Wird ferner eine Pflicht zur Vermeidung des Erfolgs auferlegt und eine Pflichtverletzung angenommen, obwohl der Erfolg nicht vermeidbar war, so führt dies ebenfalls zu einer starken Beschränkung der Rechte des Schädigers.

(3) Rechtfertigung der Beschränkung der Rechte des Schädigers

7/600 Es bedarf ausreichender Rechtfertigungsgründe dafür, dass dem Schädiger eine Vermeidungspflicht auferlegt wird, obwohl dies zu einer Einschränkung seiner Rechte führt.

(i) Erforderlichkeit des Schutzes der Rechte des Geschädigten

7/601 Handelt es sich um eine schwerwiegende Verletzung der Rechte des Geschädigten und besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung, so ist eine entsprechende Einschränkung der Rechte des Schädigers gerechtfertigt, sofern die Rechte des Geschädigten nur geschützt werden können, indem eine solche Vermeidungspflicht anerkannt wird. Dies entspricht Element A der *Hand-Formel.* Besonders bei Handlung mit einem hohen Risiko einer schwerwiegenden Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit, etwa bei Umwelt- oder Medikamentenschäden, ist es gerechtfertigt dem Schädiger auch dann eine Vermeidungspflicht aufzuerlegen, wenn die Vermeidbarkeit und sogar die Vorhersehbarkeit gering sind.

(ii) Vorteile des Geschädigten

7/602 Zieht der Geschädigte selbst aus der Tätigkeit des Schädigers Vorteile, etwa bei Medikamentenschäden, ist die Schutzbedürftigkeit der Rechte des Geschädigten insoweit geringer. Dies entspricht Element B2 der *Hand-Formel.* Hier ist zu prüfen, wie groß der Vorteil im Vergleich zur Verletzung der Rechte ist.

2. Maßstab hinsichtlich der Person

7/603 Das zweite Problem ist, was für eine Person für die Feststellung einer Verhaltenspflicht maßgeblich sein soll.

a. Culpa in concreto und in abstracto (konkretes und abstraktes Verschulden)

7/604 Hierzu gibt es zwei Ansichten.

(1) *Der Handelnde als Maßstab – culpa in concreto (konkretes Verschulden)*

Nach einer Ansicht sind die Fähigkeiten des konkret Handelnden zugrunde zu legen[171]. Demnach liegt Verschulden vor, wenn der jeweils Handelnde gegen die Pflicht verstößt, in Ausschöpfung seiner eigenen Fähigkeiten zu handeln. **7/605**

(2) *Durchschnittlicher Mensch als Maßstab – culpa in abstracto (abstraktes Verschulden)*

Nach einer anderen Ansicht sind die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Menschen zugrunde zu legen[172]. Demnach liegt Verschulden vor, wenn der Handelnde gegen die Pflicht verstößt, so zu handeln, wie dies von einem durchschnittlichen Menschen der entsprechenden gesellschaftlichen Gruppe gefordert wird. Dies hat zwei Aspekte. **7/606**

(i) Zurechnung

Erstens ist die Einrede, man verfüge nicht über die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Menschen, nicht zulässig. Im gesellschaftlichen Leben muss man zumindest mit dem von einem durchschnittlichen Menschen zu erwartenden Maß an Fähigkeiten handeln. Diese Anforderung führt zu keiner übermäßigen Einschränkung der Rechte des Schädigers. **7/607**

(ii) Entlastung

Zweitens haftet nicht, wer in der einem durchschnittlichen Menschen zumutbaren Weise handelt. Würde eine Handlung gefordert, die über das hinausgeht, was von einem durchschnittlichen Menschen verlangt werden kann, so würde dies zu einer übermäßigen Beschränkung der Rechte des Schädigers führen. **7/608**

b. Arten der culpa in abstracto (abstraktes Verschulden) – am Beispiel der Arzthaftungsfälle

Es stellt sich die Frage, was von einem durchschnittlichen Menschen verlangt werden kann. Da dies von den Besonderheiten der jeweiligen gesellschaftlichen Gruppe abhängt, der der Handelnde angehört, etwa von den Kenntnissen, dem Beruf, der gesellschaftlichen Stellung, dem Ort und der Erfahrung, ist es notwendig, Kategorien zu bilden[173]. **7/609**

---

171 *Ishida,* Songai baishô-hô no sai-kôsei [Neukonzeption des Schadenersatzrechts] (1977) 11.

172 Siehe etwa *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 105 f; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 69 f; *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 40 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 337.

173 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 337 f; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 57 f; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô

(1) Maßstab für die Festlegung einer Pflicht – medizinischer Standard

7/610 Ein Arzt etwa ist verpflichtet, eine angemessene ärztliche Behandlung entsprechend den medizinischen Standards durchzuführen.

(i) Bedeutung der medizinischen Standards

7/611 Unter medizinischem Standard ist jener Standard zu verstehen, der in der Praxis der klinischen Medizin gilt.

aa. Unterschied zum wissenschaftlichen Standard

7/612 Werden also Behandlungsmethoden angewendet, die in der klinischen Medizin noch nicht verbreitet und bewährt sind, so stellt dies nicht unbedingt einen Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht (Verschulden) dar[174].

bb. Unterschied zur tatsächlichen Übung

7/613 Maßgeblich ist ferner nicht, wie ein durchschnittlicher Arzt tatsächlich handelt, sondern der Standard, an den er sich halten sollte[175].

(ii) Normative Bedeutung des medizinischen Standards

7/614 In der Praxis hat dies folgende Bedeutung.

aa. Pflicht zur Nachforschung und Weiterbildung

7/615 Ein Arzt kann sich nicht darauf berufen, dass er etwas, was zum medizinischen Standard gehört, nicht wusste. Daher ist ein Arzt verpflichtet, nachzuforschen, was medizinischer Standard ist, und die notwendigen Kenntnisse zu erwerben.

bb. Pflicht zur Weiterverweisung

7/616 Ist ein Arzt nicht in der Lage, eine den medizinischen Standards entsprechende ärztliche Behandlung vorzunehmen, so hat er den Patienten an eine geeignete medizinische Einrichtung zu verweisen[176].

---

ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]³ 184; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 282 f.

174 OGH vom 30.3.1982, Hanrei Jihô 1039, 66; OGH vom 26.3.1985, Minshû 39-2, 124.

175 OGH vom 23.1.1996, Minshû 50-1, 1.

176 Vgl OGH vom 26.3.1985, Minshû 39-2, 124 sowie OGH vom 11.11.2003, Minshû 57-10, 1387; OGH vom 8.12.2005, Hanrei Jihô 1923, 26 und OGH vom 3.4.2007, Hanrei Jihô 1969, 57.

(2) Relativität des medizinischen Standards

(i) Individuelle Fähigkeiten des Handelnden

Verfügt der Handelnde zufällig über Kenntnisse und Fähigkeiten, die über dem medizinischen Standard liegen, so führt dies nicht ohne weiteres zu einer Anhebung seiner Verhaltenspflichten[177]. **7/617**

(ii) Standard, der vom Handelnden erwartet werden kann

Der medizinische Standard wird nicht einheitlich festgelegt, sondern bestimmt sich danach, was der betreffenden medizinischen Einrichtung zumutbar ist. Konkret sind Umstände, wie etwa die Art der medizinischen Einrichtung sowie die örtlichen Besonderheiten der medizinischen Versorgung zu berücksichtigen[178]. **7/618**

IV. Sonstige Fehler in der eigenen Sphäre

A. Fehlerhaftes Verhalten von Personen

1. Regelung der Gehilfenhaftung

Das ZG sieht folgende Regelung der Gehilfenhaftung vor. **7/619**

a. Haftung des Geschäftsherrn

Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den die bestellte Person in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten zufügt (Art 715 Abs 1 ZG)[179]. **7/620**

b. Möglichkeit der Entlastung des Geschäftsherrn

Bei Vorliegen einer der folgenden Fälle kann sich der Geschäftsherr entlasten (Art 715 Abs 1 Satz 2 ZG). **7/621**

177 Vgl OGH vom 31.3.1988, Hanrei Jihô 1296, 46.

178 Vgl OGH vom 9.6.2005, Minshû 49-6, 1499.

179 Art 715 Abs 1 ZG lautet: »Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den die bestellte Person in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten zufügt, es sei denn, dass der Geschäftsherr bei der Auswahl des Gehilfen sowie bei der Beaufsichtigung der Verrichtung angemessene Sorgfalt angewandt hat, oder dass der Schaden auch bei Anwendung angemessener Sorgfalt eingetreten wäre«.

(1) Sorgfalt bei der Auswahl und Beaufsichtigung

7/622 Erstens, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Gehilfen sowie bei der Beaufsichtigung der Verrichtung angemessene Sorgfalt angewandt hat.

(2) Keine Kausalität

7/623 Zweitens, wenn der Schaden auch bei Anwendung angemessener Sorgfalt eingetreten wäre.

2. Wesen der Gehilfenhaftung

7/624 Strittig ist, wie die Haftung des Geschäftsherrn zu begründen ist[180].

a. Gesetzgebungsprozess

7/625 Im Zuge der Ausarbeitung des ZG hat die Regelung der Gehilfenhaftung folgende Wandlung durchgemacht[181].

(1) Altes ZG

7/626 Im alten ZG (Art 373 Buch zum Vermögensrecht) wurde die Gehilfenhaftung wie folgt verstanden.

(i) Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verhalten

7/627 Der Grund der Haftung des Geschäftsherrn lag nach dieser Vorschrift darin, dass er bei der Auswahl oder Aufsicht über den Gehilfen fahrlässig war.

(ii) Keine Entlastungsgründe

7/628 Die Fahrlässigkeit des Geschäftsherrn wurde jedoch vermutet. Überdies gab es keine Bestimmung, die eine Entkräftung der Vermutung durch den Beweis, dass keine Fahrlässigkeit vorlag, zuließ.

---

180 Siehe *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 22 f; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 291 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung][4] 202 f. Ausführlich ferner *Tanoue,* Shiyô-sha sekinin [Gehilfenhaftung], in: Hoshino ua (Hrsg), Minpô kôza 6 [Grundfragen des Zivilrechts Bd 6] (1985) 459; *Ôtsuka,* Minpô 715-jô, 717-jô (Shiyô-sha sekinin, Kôsaku-butsu sekinin) [Art 715, 717 ZG (Gehilfenhaftung, Haftung des Besitzers eines Bauwerks), in: Hironaka/Hoshino ua (Hrsg), Minpô-ten no hyakunen III [100 Jahre Zivilgesetzbuch III] 673.

181 *Tanoue,* Shiyô-sha sekinin [Gehilfenhaftung], in: Hoshino ua (Hrsg), Minpô kôza 6 [Grundfragen des Zivilrechts Bd 6] 460 f; *Ôtsuka,* Minpô 715-jô, 717-jô (Shiyô-sha sekinin, Kôsaku-butsu sekinin) [Art 715, 717 ZG (Gehilfenhaftung, Haftung des Besitzers eines Bauwerks), in: Hironaka/Hoshino ua (Hrsg), Minpô-ten no hyakunen III [100 Jahre Zivilgesetzbuch III] 674 f.

(iii) Unerlaubte Handlung des Gehilfen

Da die Haftung des Geschäftsherrn eine Haftung für das Handeln eines anderen ist, wurde das Vorliegen einer unerlaubten Handlung seitens des Gehilfen vorausgesetzt. **7/629**

(2) Geltendes ZG

Die Verfasser des heutigen ZG hingegen verstanden die Gehilfenhaftung wie folgt. **7/630**

(i) Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verhalten

Der Grund für die Haftung des Geschäftsherrn lag nach dieser Ansicht darin, dass der Geschäftsherr selbst bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Gehilfen fahrlässig gehandelt hat. **7/631**

(ii) Einführung einer Bestimmung über die Entlastung des Geschäftsherrn

Anders als das alte ZG sieht das heutige ZG ausdrücklich vor, dass der Geschäftsherr von der Haftung befreit wird, wenn er nicht nur bei der Auswahl des Gehilfen, sondern auch bei der Aufsicht über diesen angemessene Sorgfalt angewandt hat. Müsste der Geschäftsherr stets für das Verhalten des Gehilfen haften, so könnte man heutzutage, wo man so häufig einen anderen beauftragt, nicht mehr unbesorgt etwas in Auftrag geben. **7/632**

(iii) Unerlaubte Handlung des Gehilfen

Ob eine unerlaubte Handlung des Gehilfen selbst Voraussetzung ist, blieb offen. **7/633**

b. Haftung für die unerlaubte Handlung des Gehilfen

In weiterer Folge wurde die Ansicht herrschend, wonach bei der Gehilfenhaftung der Geschäftsherr dem Geschädigten für die unerlaubte Handlung des *Gehilfen* haftet[182]. Das bedeutet, dass die Gehilfenhaftung als Haftung für die unerlaubte Handlung eines anderen verstanden wurde. Neben der Haftung des Geschäftsherrn bleibt jedoch auch die Haftung des Gehilfen für seine unerlaubte Handlung bestehen. **7/634**

182 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 161 f; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 165; *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 141. Siehe ferner auch *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 682.

(1) Unerlaubte Handlung des Gehilfen

7/635 Nach dieser Ansicht ist erforderlich, dass die Handlung des Gehilfen selbst alle Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung (Rechtsverletzung, Vorsatz bzw Fahrlässigkeit, Schaden) erfüllt.

(2) Haftung des Geschäftsherrn für die unerlaubte Handlung des Gehilfen

(i) Begründung

7/636 Dass diese im Vergleich zu Art 709 schwerere Last den Geschäftsherrn trifft, wird dabei folgendermaßen begründet[183].

aa. Haftung wegen Erzielung eines Vorteils

7/637 Da der Geschäftsherr die Vorteile daraus zieht, dass er den Gehilfen zur Verrichtung einer Tätigkeit heranzieht, hat er auch für dabei auftretende unerlaubte Handlungen zu haften.

bb. Gefährdungshaftung

7/638 Da der Geschäftsherr durch die Heranziehung des Gehilfen eine Gefahr schafft oder vergrößert, hat er für die Verwirklichung der Gefahr durch den Gehilfen zu haften. Ob im konkreten Fall ein Risiko geschaffen oder vergrößert wurde, ist allerdings nicht zu prüfen.

(ii) Bedeutung der Haftungsbefreiungsregelung zugunsten des Geschäftsherrn

7/639 Demnach hat die Haftungsbefreiung des Geschäftsherrn nichts mit Verschulden im Sinne des Art 709 ZG zu tun, sondern beruht vielmehr auf rechtspolitischen Erwägungen. Aufgrund der Grundsätze der Haftung für die Erzielung eines Vorteils und der Gefährdungshaftung ist jedoch eine Haftungsbefreiung bei fehlendem Verschulden hinsichtlich der Auswahl oder der Beaufsichtigung möglichst nicht anzuerkennen, so dass es faktisch zu einer verschuldensunabhängigen Haftung kommt[184].

---

183 *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 141; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 680 f; *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 299 f. *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 162 und *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 165 führen nur die Haftung wegen Erzielung eines Vorteils an.

184 Bereits *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 163 f stellt dies ausdrücklich fest.

(3) Kritik

Hinsichtlich des Verständnisses der Gehilfenhaftung als Haftung an Stelle des Gehilfen, das ja eine unerlaubte Handlung des Gehilfen voraussetzt, wurden folgende Problempunkte aufgezeigt[185]. **7/640**

(i) Hindernisse hinsichtlich des Schutzes des Geschädigten

aa. Schwierigkeiten bei der Identifizierung des Gehilfen und dem Beweis des Verschuldens

Entsteht ein Schaden innerhalb eines unternehmerischen Betriebsablaufs, so ist es für einen außerhalb des Unternehmens stehenden Geschädigten schwierig festzustellen, welcher Gehilfe im Unternehmen die schädigende Handlung begangen hat, und das Verschulden des Gehilfen zu beweisen. **7/641**

bb. Problem der Haftungsbefreiung bei einem Deliktsunfähigen

Ist der Gehilfe ferner deliktsunfähig, so würde es den Grundsätzen der Haftung wegen Erzielung eines Vorteils sowie der Haftung wegen der erhöhten Gefahr widersprechen, wenn in diesem Fall der Geschäftsherr jedenfalls von der Haftung befreit wäre. **7/642**

(ii) Gefahr einer übermäßigen Haftung des Gehilfen

In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, die an den Gehilfen gestellten Verhaltenspflichten sehr hoch anzusetzen, um so eher zu einer Haftung des Geschäftsherrn zu gelangen. Es ist jedoch nicht gerechtfertigt, dem Gehilfen, der nur die Weisungen des Geschäftsherrn ausführt, strengere Verhaltenspflichten aufzuerlegen als anderen Menschen. **7/643**

c. Haftung für eigenes Verhalten – Haftung für eine eigene unerlaubte Handlung

Um diese Probleme zu lösen, wurden folgende Ansätze entwickelt. **7/644**

(1) Unmittelbare Haftung

Es wird vertreten, dass Art 715 ZG eine unmittelbare Haftung des Geschäftsherrn für den Gehilfen vorsieht[186]. **7/645**

---

185 *Tanoue,* Shiyô-sha sekinin [Gehilfenhaftung], in: Hoshino ua (Hrsg), Minpô kôza 6 [Lehrbuch Zivilrecht Bd 6] 502; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 25 f.

186 *Tanoue,* Hiyô-sha no yûseki-sei to minpô 715-jô (1), (2) [Verschulden des Gehilfen und Art 715 ZG (1), (2)], Kagoshima Daigaku Hôgaku Ronshû 8-2 (1973) 59; 9-2 (1974) 51.

(i) Haftung des Geschäftsherrn

7/646 Dies beruht auf dem Gedanken, dass dann, wenn man die Gehilfenhaftung auf die Grundgedanken der Erzielung eines Vorteils und der Schaffung einer Gefahr stützt, das eigentliche Subjekt der Haftung nicht der Gehilfe ist, sondern der Geschäftsherr.

(ii) Unerlaubte Handlung des Gehilfen

aa. Verschulden des Gehilfen

7/647 Dieser Ansicht zufolge trifft nicht nur den Gehilfen keine Haftung, sondern es ist auch nicht erforderlich, dass er schuldhaft – fahrlässig oder vorsätzlich – handelt.

bb. Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung

7/648 Demnach reicht es aus, dass die schädigende Handlung des Gehilfen objektiv rechtswidrig ist.

(2) Haftung des Unternehmers

7/649 Ferner wird vertreten, dass eine unerlaubte Handlung des Unternehmers selbst vorliege und daher der Unternehmer gemäß Art 709 unmittelbar für den Gehilfen hafte[187].

(i) Grundlagen der Haftung des Unternehmers

7/650 Dies lässt sich folgendermaßen begründen.

aa. Sicht von außen

7/651 Entsteht ein Schaden im gewöhnlichen Betriebsablauf eines Unternehmens, so ist es lediglich eine innere Angelegenheit des Unternehmens, wer bei der unerlaubten Handlung involviert war; für den außerhalb des Unternehmens stehenden Geschädigten erscheint jedoch das Unternehmen selbst als der Schädiger.

bb. Handlungspflicht des Unternehmers

7/652 Ferner ist es möglich, entsprechende Handlungspflichten des Unternehmers, also betriebliche Organisationspflichten, anzuerkennen[188].

---

187 *Kanda,* Fuhô kôi sekinin no kenkyû [Untersuchung zur Deliktshaftung] (1988) 38 f, 56; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 33 f. Auch DG Kumamoto vom 20.3.1973, Hanrei Jihô 696, 15; DG Fukuoka vom 4.10.1977, Hanrei Jihô 866, 21 legen die gleichen Überlegungen zugrunde.

188 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]^2 309 f.

(ii) Nebeneinanderbestehen von Haftung des Unternehmers und Gehilfenhaftung

Demnach ist es möglich, die Gehilfenhaftung als eine Haftung an Stelle des Gehilfen zu verstehen und unabhängig davon auch eine Haftung des Unternehmers anzuerkennen[189]. **7/653**

B. Mängel von Sachen

1. Haftung des Besitzers eines Bauwerks

a. Bedeutung

Erleidet infolge von Fehlern bei der Errichtung oder Instandhaltung eines Bauwerks ein anderer einen Schaden, so greifen folgende Haftungsregelungen ein. **7/654**

(1) Primäre Haftung des Besitzers

Erstens haftet, sofern es einen Besitzer des Bauwerks gibt, dieser dem Geschädigten für den Ersatz des Schadens (Art 717 Abs 1 Satz 1 ZG). **7/655**

(2) Subsidiäre Haftung des Eigentümers

Zweitens haftet der Eigentümer des Bauwerks auf den Ersatz des Schadens, wenn es keinen Besitzer gibt oder wenn der Besitzer die erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgebracht hat (Art 717 Abs 1 Satz 2 ZG). **7/656**

b. Zweck

(1) Wesen der Haftung

Die Haftung für Bauwerke weist folgende Besonderheiten auf. **7/657**

(i) Haftung des Besitzers

Die Haftung des Besitzers stellt eine Zwischenstufe zwischen Verschuldenshaftung und verschuldensunabhängiger Haftung dar. **7/658**

aa. Begründung der Haftung – Verschuldenshaftung

Der Haftung des Besitzers liegt die Annahme zugrunde, dass es bei der Errichtung oder Instandhaltung des in seinem Besitz befindlichen Bauwerks einen Mangel **7/659**

---

189 Siehe *Kanda,* Fuhô kôi sekinin no kenkyû [Untersuchung zur Deliktshaftung] 46 f sowie auch *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 297, 315 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung][4] 206 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I][2] 312 f.

gab und der Besitzer des Bauwerks nicht die erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung des Schadenseintritts getroffen hat.

bb. Beweislastumkehr

7/660 Anders als nach Art 709 ZG kann sich der Besitzer nur dadurch von der Haftung befreien, dass er beweist, die erforderlichen Maßnahmen zur Schadensvermeidung getroffen zu haben.

(ii) Haftung des Eigentümers

7/661 Für den Eigentümer sind hingegen keine derartigen Entlastungsgründe vorgesehen. Er haftet aufgrund der Mängel bei der Errichtung oder Instandhaltung des Bauwerks, unabhängig von der Mangelursache, dem Zeitpunkt der Entstehung des Mangels sowie davon, ob Gegenmaßnahmen ergriffen wurden oder nicht.

(2) Grund für die Haftungsverschärfung – Prinzip der Gefährdungshaftung

7/662 Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der ein mangelhaftes und daher gefährliches Bauwerk beherrscht und verwaltet, den Schaden daraus zu tragen hat, dass sich die Gefahr verwirklicht[190].

(i) Haftung des Besitzers

7/663 Den Besitzer des Bauwerks trifft nicht nur die Pflicht, die erforderlichen Maßnahmen zur Schadensvermeidung zu tätigen, sondern er trägt auch die Last der Rechtfertigung seines eigenen Verhaltens, dh die Beweislast für das Fehlen von Verschulden.

(ii) Haftung des Eigentümers

7/664 Den Eigentümer trifft als Eigentümer des gefährlichen Bauwerks die Pflicht, den Schaden, der einem anderen aufgrund dieser Gefahr entstanden ist, zu ersetzen.

2. Produkthaftung

a. Bedeutung

7/665 Unter Produkthaftung versteht man die Haftung des Produzenten und anderer Personen für den Ersatz des Schadens, der jemandem – es kann dies der Erwerber oder ein Dritter sein – durch einen Mangel eines Produkts an Leben, Körper oder Vermö-

190 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 730. *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung][3] 320, sieht auch Elemente einer Haftung für die Erzielung eines Vorteils.

gen verursacht wurde (Art 1 und 3 Produkthaftungsgesetz)[191]. Das Produkthaftungsgesetz wurde 1994 als Sondergesetz zur Regelung der Produkthaftung erlassen.

b. Besonderheiten

Im Vergleich mit dem allgemeinen Deliktsrecht weist das Produkthaftungsrecht folgende Besonderheiten auf. **7/666**

(1) Von der Verschuldenshaftung zur Haftung für einen Fehler

Der Produzent haftet unabhängig von einem Verschulden, wenn aufgrund eines Produktfehlers einem anderen ein Schaden entstanden ist. **7/667**

(i) Abhilfe bei Beweisproblemen hinsichtlich des Verschuldens

Während es für gewöhnlich äußerst schwierig ist nachzuweisen, ob im Verlauf eines komplizierten Produktionsablaufs ein Verschulden unterlaufen ist, fällt der Beweis des Vorliegens eine Produktfehlers verhältnismäßig leicht. Dadurch steht dem Geschädigten ein leichter durchsetzbares Rechtsmittel zur Verfügung. **7/668**

(ii) Beweislast des Geschädigten

Der Geschädigte trägt jedoch entsprechend den allgemeinen Grundregeln nicht nur die Beweislast für den Produktfehler, sondern auch für die Kausalität. **7/669**

(2) Entlastungsgründe des Produzenten

Der Produzent kann sich von der Haftung nur befreien, indem er beweist, dass aufgrund des Standes von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Übergabe der Fehler nicht erkennbar war. Dies beruht auf der – heftig kritisierten – Überlegung, dass folgende Schwierigkeiten entstünden, wenn man diese Einwendung nicht zuließe. **7/670**

(i) Interessen der Verbraucher

Zunächst bestünde die Gefahr, dass Produzenten bei der Auslieferung von neuen, besonders gefährlichen Produkten zögern würden und die Verbraucher etwa nicht mehr rasch in Genuss der Vorteile eines neuen Medikaments kämen. **7/671**

(ii) Interessen der Produzenten

Ferner bestünde die Gefahr, dass Produzenten das Interesse an der Entwicklung neuer Produkte verlieren. **7/672**

191 *Seizô-butsu sekinin-hô,* Gesetz Nr 85/1994.

V. Gefährdung

A. Bedeutung der Gefährdungshaftung

7/673 Gefährdungshaftung bedeutet, dass bei Herbeiführung eines Unfalls durch eine gesellschaftlich notwendige Gefahrenquelle der Halter der Gefahrenquelle unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens haftet. Eine Begrenzung durch Höchstbeträge ist in den einzelnen Sondergesetzen nicht vorgesehen.

1. Notwendigkeit der Gefährdungshaftung

7/674 Die Notwendigkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung wird wie folgt begründet.

a. Gesellschaftliche Notwendigkeit der Gefahrenquelle

7/675 Zunächst geht es um Fälle, in denen es nicht möglich ist, die gefährliche Tätigkeit oder den Besitz der gefährlichen Sache zu verbieten, da die Tätigkeit bzw Sache, obwohl gefährlich, für die Gesellschaft unabdingbar ist.

b. Unfall ohne Verschulden

7/676 Ferner können Unfälle durch die gefährliche Tätigkeit oder Sache häufig auch dann nicht vermieden werden, wenn der Halter der Gefahrenquelle sorgfältig handelt. Würde man daher von einer Verschuldenshaftung ausgehen, dann wäre derjenige, dessen Rechte verletzt werden, gänzlich ohne Schutz.

2. Zurechnungsprinzipien der verschuldensunabhängigen Haftung

7/677 Als Grundlagen einer solchen verschuldensunabhängigen Haftung werden im Allgemeinen folgende zwei genannt.

a. Prinzip der Haftung für eine Gefahr

7/678 Erstens ist es möglich, die Beherrschbarkeit der Gefahrenquelle als Grundlage der Zurechnung heranzuziehen. Dahinter steht der Gedanke, dass derjenige, der eine gefährliche Tätigkeit oder Sache beherrscht, für den daraus entstehenden Schaden zu haften hat.

b. Prinzip der Haftung wegen Erzielung eines Vorteils

Zweitens kann die Zurechnung mit der Erlangung der Vorteile aus der Gefahrenquelle begründet werden. Dahinter steht der Gedanke, dass derjenige, dem die gefährliche Tätigkeit oder der Besitz einer gefährlichen Sache erlaubt wird und der dadurch einen Vorteil erlangt, für den daraus entstehenden Schaden zu haften hat. **7/679**

B. Gesetzliche Regelungen der Gefährdungshaftung

Eine derartige Gefährdungshaftung ist in Japan in verschiedenen Sondergesetzen vorgesehen, deren analoge Anwendung abgelehnt wird. Eine generelle Regelung steht derzeit nicht zur Diskussion. Beispiele: **7/680**

		Umfasste Tätigkeiten/ Sachen	Gegenstand des Ersatzes	Ersatzpflichtiger	Art der Haftung
Art 3 Gesetz zur Sicherung des Ersatzes von Schäden durch Automobile *Jidôzha songai baishô hoschô-hô,* Gesetz Nr 97/1955 idF Gesetz Nr 67/2014	1955	Betrieb eines Kraftfahrzeugs (nicht auch einer Eisenbahn)	Leben, Körperverletzung	Fahrzeughalter	Zwischenstufe: Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens
Art 109 Bergwerksgesetz *(Kôgyô-hô,* Gesetz Nr 289/1950 idF Gesetz Nr 84/2011)	1950	Erdbohrungen zum Abbau von Mineralien, Ablassen von Grubenwasser und Abwasser; Ablagerung von Steinen und Schlacke; Ausstoß von bei der Verhüttung entstehendem Rauch	keine Beschränkung	Besitzer des Bergbaurechts für das Bergbaugebiet	Verschuldensunabhängige Haftung

▷

Art 25 Gesetz zur Vermeidung von Luftverschmutzung *(Taiki osen boshi-hô,* Gesetz Nr 97/1968 idF Gesetz Nr 60/2013)	1968	Ausstoß von gesundheitsschädigenden Stoffen in die Luft, die bei Geschäftstätigkeit in Fabriken und Unternehmen entstehen	Leben, Körperverletzung	Unternehmer	Verschuldensunabhängige Haftung
Art 19 Gesetz zur Vermeidung von Wasserverschmutzung *(Suishitsu odaku bôshi-hô,* Gesetz Nr 138/1970 idF Gesetz Nr 60/2013)	1970	Ablassen von Schmutz- und Abwasser, das Schadstoffe enthält, die bei der Geschäftstätigkeit in einer Fabrik oder einem Unternehmen entstehen, sowie dessen Durchsickern in den Boden	Leben, Körperverletzung	Unternehmer	Verschuldensunabhängige Haftung
Art 3 Gesetz betreffend die Leistung von Ersatz von Schäden, die im Zusammenhang mit der Erzeugung von Kernkraft entstanden sind *(Genshiryoku songai baishô-hô,* Gesetz Nr 147/1988 idF Gesetz Nr 47/2012)	1960	Betrieb eines Atomreaktors	Schäden, die im Zusammenhang mit der Erzeugung von Kernkraft entstanden sind (nicht auf Personenschäden beschränkt)	Atomkraftwerksbetreiber	Verschuldensunabhängige Haftung – Haftungsbefreiung bei außergewöhnlich großen Naturkatastrophen und sozialen Unruhen

Teil 7 Begrenzung der Zurechnung

I. Beschränkung der Kausalität

Wie oben in Teil 5 II. A. ausgeführt, sind der Begriff der Kausalität und deren Begrenzungen strittig. **7/681**

A. Adäquanztheorie

Nach der traditionellen herrschenden Lehre[192] und Rechtsprechung[193] ist es Voraussetzung einer deliktischen Haftung, dass zwischen schädigender Handlung und Erfolg ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. **7/682**

1. Definition der adäquaten Kausalität

a. Begriff

Adäquate Kausalität bedeutet, dass der Schaden ohne die schädigende Handlung nicht entstanden wäre und eine übliche Folge einer solchen Handlung ist[194]. **7/683**

b. Zweck

Dahinter steht der Gedanke, dass nur der rechtlich relevante Teil einer potentiell unendlichen Kausalkette berücksichtigt werden soll. Indem darüber hinaus keine rechtliche Kausalität angenommen wird, wird der dem Schädiger zuzurechnende Bereich auf ein angemessenes Maß beschränkt. **7/684**

192 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 154 f; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 152 f.

193 RGH vom 22. 5. 1926, Minshû 5, 386.

194 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 154 f.

2. Analoge Anwendung von Art 416 ZG

a. Verständnis von Art 416 ZG

(1) Gewöhnlicher Schaden

7/685 Art 416 Abs 1 ZG legt nach allgemeiner Ansicht den Grundsatz der adäquaten Kausalität fest. Denn nach dieser Vorschrift ist jener Schaden zu ersetzen, der in einem den gewöhnlichen Erwartungen entsprechenden – also in adäquat kausalem – Zusammenhang mit der Nichterfüllung der Forderung steht.

(2) Besonderer Schaden

7/686 Art 416 Abs 2 ZG bestimmt weiters, welche Umstände bei der Beurteilung des Vorliegens adäquater Kausalität zu berücksichtigen sind. Danach sind bei der Beurteilung, ob etwas in adäquat kausalem Zusammenhang mit der Nichterfüllung der Verbindlichkeit steht, auch besondere Umstände, die die Parteien vorhergesehen haben oder vorhersehen konnten, zu berücksichtigen.

b. Analoge Anwendung auf unerlaubte Handlungen

7/687 Es wird vertreten, dass Art 416 ZG allgemeine Prinzipien des Schadenersatzes enthalte und daher selbstverständlich nicht nur bei der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten, sondern auch analog auf unerlaubte Handlungen Anwendung finde[195].

3. Probleme bei der Adäquanztheorie

7/688 Auf folgende Probleme der Adäquanztheorie wurde jedoch hingewiesen.

a. Anwendbarkeit für Japan

7/689 Die Kritiker verweisen darauf, dass die Adäquanztheorie ihren Ursprung im deutschen Recht hat und daher nicht auf das japanische Recht passt, das von anderen Voraussetzungen ausgeht[196].

(1) Deutsches Recht

7/690 Das deutsche Recht geht vom Grundsatz der Totalreparation aus, nach dem der gesamte Schaden, der in kausalem Zusammenhang mit der Nichterfüllung steht, zu ersetzen ist, wenn die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben

---

195 RGH vom 22.5.1926, Minshû 5, 386.

196 *Hirai,* Songai baishô-hô no riron [Theorie des Schadenersatzrechts] 90 ff; *derselbe,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 81 f, 109 f.

sind. Die Adäquanztheorie dient dazu, die Haftung auf einen angemessenen Umfang zu begrenzen.

(2) Japanisches Recht

(i) Unterschiede hinsichtlich der Prinzipien des Ersatzes

Art 416 ZG hingegen beruht auf der Rezeption englischen Rechts, nämlich der in *Hadley v Baxendale* aufgestellten Regel, und folgt damit dem Grundsatz eines restriktiven Ersatzes. Danach ist der gewöhnlich eintretende Schaden zu ersetzen, aber nicht ein Schaden, der aufgrund besonderer Umstände entstanden ist, sofern diese nicht vorhersehbar waren. Das bedeutet aber gerade, dass es Fälle gibt, in denen ein Schaden nicht zu ersetzen ist, obwohl er in kausalem Zusammenhang mit der Nichterfüllung steht, dh dass der Umfang des zu ersetzenden Schadens von vornherein begrenzt ist. Folglich fehlen im japanischen Recht dieVoraussetzungen, um die Adäquanztheorie zur Anwendung bringen zu können. **7/691**

(ii) Voraussetzungen des Art 416 ZG – Vertragsverletzung

Der Zweck des Art 416 ZG liegt ferner darin, einer Partei Ersatz für die Beeinträchtigung jener Interessen zu gewähren, die durch den Vertrag gefördert werden sollten, was aber durch die Nichterfüllung vereitelt wurde. Dies trifft im Fall der unerlaubten Handlung nicht zu. **7/692**

b. Unklarheit des Beurteilungsmaßstabs

Der zweite Kritikpunkt ist, dass der Beurteilungsmaßstab der adäquaten Kausalität unklar ist. **7/693**

(1) Unklarheit des Maßstabs

Zunächst lässt sich nicht klar benennen, was eine adäquate Kausalbeziehung ist. Daher kommt es häufig dazu, dass nur das Ergebnis in anderen Worten umschrieben wird. **7/694**

(2) Vielfältige Beurteilungsfaktoren

Die Beurteilung der adäquaten Kausalität umfasst in Wirklichkeit eine ganze Reihe verschiedenartiger Aspekte. Wenngleich immer von »adäquater Kausalität« gesprochen wird, so sind in Wahrheit je nach Fall ganz unterschiedliche Faktoren entscheidend. **7/695**

▷

B. Dreistufiger Ansatz

7/696 Heute ist eine Ansicht einflussreich, die die bislang im Rahmen der adäquaten Kausalität gemeinsam erörterten Fragen nun getrennt in drei Stufen prüfen will[197].

1. Faktische Kausalität

7/697 Auf der ersten Stufe ist demnach das Bestehen eines faktischen Zusammenhangs zu prüfen, also ob die schädigende Handlung tatsächlich den Erfolg verursacht hat.

2. Schutzbereich

7/698 In einem zweiten Schritt ist eine rechtliche Bewertung vorzunehmen, in wie weit der in einem faktischen Kausalzusammenhang stehende Erfolg dem Schädiger zugerechnet werden kann.

3. Schadensberechnung

7/699 Auf der dritten Stufe ist zu prüfen, wie derjenige Schaden, der in den Schutzbereich fällt, in Geld zu bemessen ist.

II. Maßstab zur Festlegung des Schutzbereichs

7/700 Strittig ist, welcher Maßstab bei der Festlegung des Schutzbereichs zu Grunde zu legen ist. Hierzu werden folgende zwei Ansichten vertreten, die sich darin unterscheiden, ob sie zwischen Erst- und Folgeverletzung differenzieren.

A. Einheitlichkeit

7/701 Nach traditionellem Verständnis wird nicht zwischen der Erstverletzung und Folgeverletzungen unterschieden, sondern der Schutzbereich nach einem einheitlichen Maßstab bestimmt.

---

197 Vgl *Hirai,* Songai baishô-hô no riron [Theorie des Schadenersatzrechts] 135 f; *derselbe,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 110 sowie auch *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 126; *Ikuyo/Tokumoto,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 116 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 407; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 362 f, 386 f.

1. Adäquanztheorie

Nach der oben dargestellten traditionellen herrschenden Lehre und Rechtsprechung bestimmt sich der Schutzbereich aufgrund der Adäquanz. Es wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, dass dieser Maßstab nicht ausreichend klar und bestimmt ist. **7/702**

2. Schutzzweck der Pflicht

a. Bedeutung

Im Gegensatz dazu wird aber auch vertreten, dass der Schädiger für alle Nachteile innerhalb jenes Bereichs haftet, auf den sich die von ihm verletzte Verhaltenspflicht bezieht. Ob eine Haftung gegeben ist, bestimmt sich somit danach, ob die Rechtsverletzung in den Schutzzweck der vom Schädiger verletzten Verhaltensnorm fällt. **7/703**

b. Beurteilungsmaßstab

Ob eine Haftung besteht, ist daher anhand folgender Elemente zu beurteilen. **7/704**

(1) Erfolgseintritt

Voraussetzung ist zunächst, dass der Eintritt des Erfolgs (Rechtsverletzung oder Schaden) feststeht. **7/705**

(2) Faktische Kausalität

Ferner muss zwischen Erfolg und der Handlung des Schädigers ein faktischer Kausalzusammenhang bestehen. **7/706**

(3) Feststellung einer Verhaltenspflicht

Darüber hinaus muss bestimmt werden, ob dem Schädiger eine Pflicht, den Eintritt des Erfolges zu verhindern, obliegt. Dies ist, wie in Teil 6 II. dargelegt, mittels der Formel von *Learned Hand* zu prüfen. Das bedeutet, dass (A), das Gewicht der verletzten Interessen und die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, abzuwägen ist mit (B), den durch Auferlegung der Verhaltenspflicht zu opfernden Interessen, und das Bestehen einer Verhaltenspflicht dann anzunehmen ist, wenn A gegenüber B überwiegt. **7/707**

(4) Beurteilung des Schutzzwecks der Pflicht

Kommt man zu dem Ergebnis, dass den Schädiger eine Verhaltenspflicht trifft, so ist zu prüfen, ob die Rechtsverletzung bzw der Schaden im Schutzbereich der den Schädiger treffenden Verhaltenspflicht liegt. **7/708**

▷

B. Unterscheidung zwischen Erst- und Folgeverletzung

7/709 Andererseits ist aber auch die Ansicht einflussreich, dass zwischen Erst- und Folgeverletzung zu unterscheiden und die Zurechenbarkeit gegenüber dem Schädiger in zweifacher Weise zu prüfen ist[198].

1. Erstverletzung – Schutzzweck der Pflicht

7/710 Nach dieser Ansicht ist die Frage, ob die Erstverletzung in den Schutzbereich fällt, anhand der Reichweite des Zwecks der die Pflicht anordnenden Norm zu prüfen. Dies stimmt mit der Prüfung des Verschuldens im objektiven Sinne überein.

2. Folgeverletzung – Rechtswidrigkeitszusammenhang

7/711 Hingegen sei die Frage, ob die Folgeverletzung in den Schutzbereich fällt, im Rahmen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu prüfen.

a. Begriff des Rechtswidrigkeitszusammenhangs

7/712 Der Gedanke des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist, dass dann, wenn sich die durch die Erstverletzung hervorgerufene besondere Gefahr verwirklicht, der Schädiger der Erstverletzung auch für diesen Erfolg haftet.

b. Zugrundeliegende Idee

7/713 Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde.

(1) Allgemeines Lebensrisiko – casus sentit dominum

7/714 Es gilt zunächst der Grundsatz, dass der Rechtsinhaber (Geschädigte) Risiken des Alltagslebens selbst zu tragen hat.

(2) Besondere Gefahren

7/715 Hat der Schädiger jedoch durch die auf seinem Vorsatz oder seiner Fahrlässigkeit beruhende Erstverletzung eine das allgemeine Lebensrisiko übersteigende besondere Gefahr geschaffen, so haftet er auch für die Folgen der Verwirklichung dieser Gefahr. Das hat folgende Bedeutung.

---

198 Siehe hierzu etwa *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 130 ff, 302 ff; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 431 f, 449 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 178 f; *derselbe,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]² 390 f, die sich allerdings jeweils in Nuancen unterscheiden.

(i) Erfordernis von Vorsatz bzw Fahrlässigkeit

War der Schädiger hinsichtlich der Erstverletzung vorsätzlich oder fahrlässig, so haftet er für die Folgeverletzung selbst dann, wenn hinsichtlich dieser weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorliegt. **7/716**

(ii) Beschränkung auf die Verwirklichung einer besonderen Gefahr

Ist der Erfolg jedoch nicht auf die Verwirklichung einer besonderen durch die Erstverletzung hervorgerufenen Gefahr zurückzuführen, so ist er selbst wieder als Erstverletzung anzusehen, so dass das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu prüfen ist. **7/717**

III. Arten von Folgeverletzungen

Im Folgenden sollen einige konkrete Probleme im Zusammenhang mit Folgeverletzungen untersucht werden. **7/718**

A. Folgeverletzung beim selben Geschädigten

Eine Fallgruppe bildet Folgeverletzung bei dem Geschädigten, der auch schon den Erstschaden erlitten hat. Dabei sind zwei Untergruppen zu unterscheiden, je nachdem, wer die Folgeverletzung verursacht. **7/719**

1. Schädigung durch einen Dritten

Die erste Untergruppe bilden die Fälle, in denen die Folgeverletzung von einer dritten von dem die Erstverletzung verursachenden Schädiger verschiedenen Person herbeigeführt wird. Dies kommt etwa vor, wenn dem Geschädigten durch den Erstschädiger bei einem Verkehrsunfall eine Körperverletzung zugefügt wird und er dann infolge eines Behandlungsfehlers des Arztes (Zweitschädigers) stirbt. **7/720**

a. Einheitstheorie

(1) Adäquanztheorie

Nach der Adäquanztheorie ist zunächst zu prüfen, ob jeder der Schädiger eine rechtlich adäquate Bedingung für den Eintritt des Erfolgs, nämlich den Tod des **7/721**

Geschädigten, gesetzt hat. Maßgeblich hierfür ist, ob jede der Handlungen allein den Eintritt des Erfolgs in hohem Maße wahrscheinlich erscheinen ließ[199].

(2) Schutzzweck der Pflicht

7/722 Nach jener Ansicht, die auf den Schutzzweck der Pflicht abstellt, ist zu prüfen, ob der Erstschädiger auch dazu verpflichtet war, den Erfolg zu vermeiden, dass der Geschädigte aufgrund des Verkehrsunfalls in eine medizinische Einrichtung gebracht wird und dort durch einen Behandlungsfehler verstirbt. Nach der Formel von *Learned Hand* ist es ein wesentliches Element bei der Beurteilung, ob die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts (Tod des Geschädigten) infolge der Handlung des Erstschädigers besonders hoch ist, dh es kommt also darauf an, welche ärztliche Behandlung aufgrund eines derartigen Verkehrsunfalls erforderlich wird und wie groß die dadurch entstehende Wahrscheinlichkeit ist, dass der Geschädigte ums Leben kommt.

b. Unterscheidung zwischen Erst- und Folgeverletzung – Rechtswidrigkeitszusammenhang

7/723 Nach der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang ist hingegen für die Folgeverletzung nur zu prüfen, ob sich eine durch die Erstverletzung hervorgerufene besondere Gefahr verwirklicht hat; auf Fahrlässigkeit oder Vorsatz in Bezug auf die Folgeverletzung kommt es hingegen nicht an[200].

(1) Schaffung einer besonderen Gefahr

7/724 Durch die vom Erstschädiger herbeigeführte Erstverletzung (Körperverletzung des Geschädigten) wurde eine besondere Gefahr geschaffen, nämlich die der ärztlichen Behandlung, dh einer Handlung, die an sich gefährlich ist, da sie einen Eingriff in den Körper darstellt.

(2) Verwirklichung der besonderen Gefahr

(i) Grundregel

7/725 Bei der Verletzung durch einen Behandlungsfehler verwirklicht sich die einer ärztlichen Behandlung inhärente Gefahr. Deshalb kann dem Erstschädiger auch die Folgeverletzung, nämlich der Tod des Geschädigten, zugerechnet werden.

(ii) Ausnahme

7/726 Beruht die Folgeverletzung durch den Behandlungsfehler jedoch auf dem Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Zweitschädigers, so handelt es sich nicht um die Verwirklichung der durch den Erstschädiger geschaffenen besonderen Gefahr. Da-

199 OGH vom 13.3.2001, Minshû 55-2, 328.
200 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 450ff.

her kann dem Erstschädiger in diesem Fall die Folgeverletzung, dh der Tod des Geschädigten, nicht zugerechnet werden.

2. Schädigung durch sich selbst

Die zweite Untergruppe bilden die Fälle, in denen die Folgeverletzung durch ein Verhalten des Geschädigten selbst oder sonst durch seine Sphäre herbeigeführt wird, etwa indem er sich selbst eine Körperverletzung oder einen anderen Schaden zufügt. Ein weiteres Beispiel: der Geschädigte bleibt in Folge des vom Schädiger verursachten Verkehrsunfalls behindert und erkrankt deshalb an einer Depression, die zu seinem Selbstmord führt. **7/727**

a. Einheitstheorie

(1) Adäquanztheorie

Nach der Adäquanztheorie ist zu prüfen, ob das Verhalten des Schädigers eine rechtlich relevante Bedingung für den Eintritt des Erfolgs, den Tod des Geschädigten, darstellt. Maßgeblich für die Beurteilung der Adäquanz ist hierbei, wie hoch die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass jemand, der (1) ohne eigenes Verschulden durch einen Unfall verletzt wird, in Folge dessen (2) an einer Unfallneurose erkrankt, sich daraus (3) eine Depression entwickelt und er schließlich (4) Selbstmord begeht[201]. **7/728**

(2) Schutzzweck der Pflicht

Nach jener Ansicht, die auf die Reichweite der Pflicht abstellt, ist zu prüfen, ob dem Schädiger auch eine Pflicht auferlegt werden kann, den Erfolg zu vermeiden, dass der Geschädigte aufgrund des Verkehrsunfalls an einer Depression erkrankt und Selbstmord begeht. Nach der *Hand-Formel* ist dabei insbesondere maßgeblich, ob die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, dh des Todes des Geschädigten, in Folge der Handlung des Schädigers besonders hoch ist. Das entspricht den oben genannten Faktoren (1) bis (4). **7/729**

b. Unterscheidung zwischen Erst- und Folgeverletzung – Rechtswidrigkeitszusammenhang

Nach der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang genügt es hingegen, dass die Erstverletzung schuldhaft erfolgte und es ist lediglich zu prüfen, ob sich die vom Erstschädiger geschaffene besondere Gefahr verwirklicht hat[202]. **7/730**

---

201 OGH vom 9.9.1993, Hanrei Jihô 1477, 42.
202 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 450 f, 455 f.

(1) Schaffung einer besonderen Gefahr

7/731 Durch die Handlung des Schädigers, dh dadurch, dass der Schädiger beim Lenken seines Fahrzeugs einen Fehler beging und den Geschädigten verletzte, wurde die besondere Gefahr hervorgerufen, dass der Geschädigte aufgrund der Behinderung eine Unfallneurose erleidet.

(2) Verwirklichung der besonderen Gefahr

7/732 Ferner ist zu prüfen, ob der Selbstmord des Geschädigten eine Verwirklichung der besonderen Gefahr der Erkrankung an einer Unfallneurose wegen der Behinderung darstellt. Auch hier sind letztendlich die oben genannten Faktoren (1) bis (4) maßgeblich.

B. Folgeverletzung eines anderen – mittelbar Geschädigte

7/733 Es ist aber auch vorstellbar, dass ein anderer als der Geschädigte der Erstverletzung durch die Folgeverletzung betroffen ist. Hier stellt sich die Frage, ob dann, wenn in Folge der Erstschädigung, die der unmittelbar Geschädigte durch den Schädiger erleidet, ein Dritter eine Folgeverletzung erleidet, dieser Dritte (der mittelbar Geschädigte) vom Schädiger Schadenersatz verlangen kann[203]. Hierbei ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden.

1. Schädigung naher Verwandter

7/734 Der erste betrifft jene Fälle, in denen es sich bei dem Dritten um einen nahen Angehörigen des Geschädigten handelt. Dabei ist wiederum zwischen zwei Unterfällen zu unterscheiden.

a. Übernahme des Schadens

7/735 Einerseits ist der Fall denkbar, dass ein Dritter den Schaden des Geschädigten trägt und diesem ersetzt. Dies ist etwa dann gegeben, wenn nahe Verwandte (zB die Sorgeberechtigten) die Heilungskosten des Geschädigten bezahlen.

(1) Ersatzanspruch des Geschädigten

7/736 In diesem Fall liegt der Schaden darin, dass an sich der Geschädigte zur Bezahlung der Heilungskosten verpflichtet war und dies lediglich von einem nahen

203 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 493 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 182 f; *derselbe,* Fuhô kôi-hô I [Das Recht der unerlaubten Handlung I]^2 392 f.

Angehörigen für ihn übernommen wurde. Daher hat der unmittelbar Geschädigte gegenüber dem Schädiger einen Anspruch auf Ersatz des Schadens[204].

(2) Ersatzanspruch des nahen Verwandten

Allgemein wird dem nahen Verwandten, der an Stelle des Geschädigten geleistet hat, ein Anspruch gegenüber dem Schädiger auf Ersatz gewährt[205]. Die Begründung dieses Anspruchs ist jedoch problematisch. **7/737**

(i) Umfang des Ersatzes

Die frühere herrschende Lehre ging davon aus, dass der Schädiger eine unerlaubte Handlung gegenüber dem Geschädigten begangen hat, und stellte darauf ab, ob der Schaden des nahen Verwandten in den Bereich des zu ersetzenden Schadens fällt. Nach der Adäquanztheorie ist dabei entscheidend, ob es der Erfahrung entspricht, dass aufgrund der schädigenden Handlung des Schädigers ein naher Verwandter die Heilungskosten übernimmt. **7/738**

(ii) Surrogation des Ersatzleistenden

Heute ist dagegen eine Ansicht einflussreich, die davon ausgeht, dass dem Geschädigten ein Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger zusteht und ein naher Verwandter, der dem Geschädigten den Schaden ersetzt hat, in analoger Anwendung des Art 422 ZG[206] den Schadenersatzanspruch des Geschädigten an dessen Stelle ausüben kann[207]. **7/739**

b. Eigener Schaden

Ferner kann durch die Verletzung der Rechte des unmittelbar Geschädigten auch ein naher Verwandter selbst einen Schaden erleiden. Dies ist etwa der Fall, wenn ein naher Verwandter zur Pflege des Geschädigten aus dem Ausland zurückkehrt. **7/740**

(1) Einheitstheorie

(i) Adäquanztheorie

Nach der Adäquanztheorie ist zu prüfen, ob der Eintritt des Erfolges (Rückkehr des nahen Verwandten aus dem Ausland zur Pflege des Geschädigten) aufgrund **7/741**

204 OGH vom 20.6.1957, Minshû 11-6, 1093.
205 RGH vom 12.2.1937, Minshû 16, 46.
206 Art 422 ZG lautet: Hat der Gläubiger für seine Sache oder sein Recht vollen Schadensersatz erhalten, so tritt der Schuldner in Bezug auf diese Sache oder dieses Recht von Rechts wegen an die Stelle des Gläubigers.
207 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 497; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 184 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 183.

der Handlung des Schädigers bzw der Verletzung des Geschädigten (Körperverletzung des Geschädigten durch einen Fehler des Schädigers beim Autofahren) nach allgemeiner Anschauung adäquat ist[208].

(ii) Schutzzweck der Pflicht

7/742 Nach jener Ansicht, die auf den Schutzzweck der Pflicht abstellt, ist zu prüfen, ob der Schädiger den Schaden des nahen Verwandten vorhersehen musste und daher zur Vermeidung des Schadens verpflichtet war[209].

(2) Unterscheidung zwischen Erst- und Folgeverletzung – Rechtswidrigkeitszusammenhang

7/743 Nach der Lehre von der Rechtswidrigkeit ist hingegen zu prüfen, ob die vom nahen Verwandten erlittene Beeinträchtigung eine Verwirklichung einer besonderen Gefahr, die durch die Erstverletzung des Geschädigten geschaffen wurde, darstellt[210].

(i) Schaffung einer besonderen Gefahr

7/744 Durch die Handlung des Schädigers (Körperverletzung des Geschädigten durch einen Fehler des Schädigers beim Autofahren) wurde eine besondere Gefahr geschaffen, nämlich dass der Geschädigte nun der Pflege bedarf.

(ii) Verwirklichung der besonderen Gefahr

7/745 Zu prüfen ist, ob die Tatsache, dass die Rückkehr des nahen Verwandten aus dem Ausland zur Pflege des Geschädigten unvermeidlich wurde, eine Verwirklichung der besonderen Gefahr, nämlich dass der Geschädigte pflegebedürftig ist, darstellt. Ist dies anzunehmen, so haftet der Schädiger dem Verwandten auf Ersatz unabhängig davon, ob in Hinblick auf diesen ein Verschulden gegeben ist.

2. Schaden des Unternehmers

7/746 Der zweite Fall einer Folgeverletzung ist dann gegeben, wenn der Anspruch des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vereitelt wird. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer durch den Schädiger bei einem Verkehrsunfall verletzt wird, deshalb nicht seine Arbeit verrichten kann und dem Arbeitgeber infolgedessen ein Schaden entsteht. Hierbei ist strittig, ob dies als ein Problem des Schutzbereichs (Ersatzumfangs) der Verletzung der Rechte des unmittelbar Geschädigten oder als unmittelbare Verletzung der Rechte des Arbeitgebers zu verstehen ist.

---

208 OGH vom 25.4.1974, Minshû 28-3, 447.
209 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 185 f.
210 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 184.

a. Schutzbereich

Überwiegend wird dabei das Problem darin gesehen, welche der Schäden, die durch die unerlaubte Handlung gegenüber dem unmittelbar Geschädigten entstanden sind, zu ersetzen sind, vorausgesetzt, Rechte des unmittelbar Geschädigten wurden verletzt. 7/747

(1) Einheitstheorie

(i) Adäquanztheorie

Nach der Adäquanztheorie stellt sich die Lösung wie folgt dar. 7/748

aa. Grundregel

Da der Eintritt des Erfolgs (Entgang des Geschäftsgewinns des mittelbar Geschädigten) aufgrund der Handlung des Schädigers (Körperverletzung des Geschädigten durch einen Fehler des Schädigers beim Autofahren) in der Regel nicht vorhersehbar ist, ist keine adäquate Kausalität gegeben. 7/749

bb. Ausnahme

Bilden mittelbar und unmittelbar Geschädigter jedoch eine wirtschaftliche Einheit, so ist es möglich, eine adäquate Kausalbeziehung zwischen der schädigenden Handlung gegenüber dem unmittelbar Geschädigten und dem Schaden des mittelbar Geschädigten herzustellen[211]. 7/750

(ii) Schutzzweck der Pflicht

Nach jener Ansicht, die auf den Schutzzweck der Pflicht abstellt, ist zu prüfen, ob der Schaden des mittelbar Geschädigten von der Reichweite der Pflicht umfasst wird[212]. 7/751

aa. Grundregel

Gewöhnlich ist nicht vorhersehbar, dass der unmittelbar Geschädigte beim mittelbar Geschädigten angestellt ist und dem mittelbar Geschädigten ein Schaden entsteht, wenn der unmittelbar Geschädigte seine Arbeit nicht verrichten kann. Daher besteht keine Pflicht des Schädigers, den Schaden des mittelbar Geschädigten vorherzusehen und diesen zu vermeiden, und damit auch keine Haftung auf den Ersatz auch dieses Schadens. 7/752

bb. Ausnahme

Bilden unmittelbar und mittelbar Geschädigter jedoch eine wirtschaftliche Einheit, so ist der Anspruch des mittelbar Geschädigten auf Schadenersatz in Wahr- 7/753

211 OGH vom 15.11.1968, Minshû 23-12, 2614.
212 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 185 f.

heit der Anspruch des unmittelbar Geschädigten. Daher ist unabhängig von der äußeren Gestaltung der Rechtspersönlichkeit dem mittelbar Geschädigten das Recht zu gewähren, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen.

(2) Unterscheidung zwischen Erst- und Folgeverletzung – Folgeverletzung

7/754 Nach der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang ist zu prüfen, ob die Folgeverletzung des mittelbar Geschädigten die Verwirklichung einer besonderen Gefahr, die durch die Erstverletzung des unmittelbar Geschädigten geschaffen wurde, darstellt.

(i) Erstverletzung des unmittelbar Geschädigten

7/755 Eine Vermögensbeeinträchtigung des mittelbar Geschädigten kann nicht als Verwirklichung der besonderen durch die Erstverletzung (Körperverletzung) des unmittelbar Geschädigten geschaffenen Gefahr angesehen werden. Denn mit der Körperverletzung des unmittelbar Geschädigten geht nicht typischerweise ein Schaden des Arbeitgebers des unmittelbar Geschädigten einher.

(ii) Erstverletzung des mittelbar Geschädigten

7/756 Für einen Schadenersatzanspruch des mittelbar Geschädigten ist daher zu prüfen, ob die Beeinträchtigung des Vermögens des mittelbar Geschädigten eine eigenständige, wiederum als Erstverletzung anzusehende unerlaubte Handlung darstellt.

b. Anspruchsberechtigter

7/757 Es ist jedoch auch eine Ansicht einflussreich, nach der zu prüfen ist, ob der mittelbar Geschädigte nicht selbst berechtigt ist, einen Anspruch auf Schadenersatz wegen eines Eingriffs in seine eigenen Rechte geltend zu machen[213]. Nach dieser Ansicht ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schädigers hinsichtlich der Verletzung der Rechte des mittelbar Geschädigten erforderlich.

(1) Grundregel

7/758 Da der Schädiger nur die Rechte des unmittelbar Geschädigten verletzt, kann er in der Regel nicht die Existenz eines mittelbar Geschädigten und folglich auch nicht die Existenz einer Forderung des mittelbar Geschädigten vorhersehen. Daher kann bezüglich der Rechtsverletzung des mittelbar Geschädigten nicht von Vorsatz oder Fahrlässigkeit seitens des Schädigers ausgegangen werden, so dass grundsätzlich keine Schadenersatzhaftung besteht. Dies beruht auf folgenden Gründen.

---

213 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 528 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 185 f.

(i) Unternehmerrisiko

Erstens besteht das Risiko, dass ein Arbeitnehmer wegen eines Unfalls nicht mehr arbeiten kann, ganz allgemein, so dass der mittelbar Geschädigte an sich für diesen Fall selbst vorsorgen muss. **7/759**

(ii) Erfordernis der Vorhersehbarkeit

Zweitens würde es zu einer übermäßigen Einschränkung der Handlungsfreiheit des Schädigers führen, wenn er sogar für nicht vorhersehbare Schäden haften müsste. **7/760**

(2) Ausnahme

Bilden unmittelbar und mittelbar Geschädigter jedoch eine wirtschaftliche Einheit, so kann die schädigende Handlung gegenüber dem unmittelbar Geschädigten mit jener gegenüber dem mittelbar Geschädigten gleichgesetzt werden. **7/761**

▷

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Art des Ersatzes

A. Schadenersatz in Geld

7/762 Die Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung ist grundsätzlich die Gewährung von Schadenersatz (Art 709 ZG).

1. Grundsatz des Ersatzes in Geld

7/763 Schadenersatz ist grundsätzlich in Geld zu leisten, dh der Schaden ist in Geld zu bewerten und dieser Geldbetrag ist als Ersatz zu leisten (Art 722 Abs 1 iVm Art 417 ZG). Dies beruht auf dem Gedanken, dass es möglich und überdies praktisch ist, den Schaden in Geld auszugleichen.

2. Art des Ersatzes in Geld

7/764 Es sind zwei Arten des Ersatzes in Geld denkbar.

a. Ersatz durch Einmalzahlung

7/765 Eine Möglichkeit ist es, den gesamten Ersatzbetrag auf einmal zu leisten.

(1) Vorteile

7/766 Diese Methode hat im Allgemeinen folgende Vorteile: Erstens kann der Rechtsstreit in einem Durchgang bereinigt werden. Zweitens erhält der Geschädigte auf jeden Fall Ersatz unabhängig von noch unbestimmbaren künftigen Entwicklungen. Drittens kann der Geldbedarf unmittelbar nach Schadenseintritt befriedigt werden.

(2) Nachteile

7/767 Jedoch weist diese Methode auch folgende Nachteile auf: Erstens ist es nicht möglich, darauf zu reagieren, wenn sich zukünftige noch unbestimmte Faktoren anders entwickeln als vorhergesehen. Zweitens besteht die Gefahr, dass ein einmaliger hoher Betrag den Geschädigten dazu verführt, verschwenderisch mit diesem umzugehen und ihn nicht für seine weitere Lebensplanung nützlich zu verwenden. Drittens kann es den Schädiger in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, wenn er auf einmal einen hohen Betrag als Ersatz leisten muss.

b. Ersatz durch Rentenzahlung

Eine andere Möglichkeit besteht darin, in regelmäßigen Abständen Ersatzleistungen zu erbringen. **7/768**

(1) *Vorteile*

Diese Methode hat allgemein folgende Vorteile: Erstens kann dadurch auf künftig auftretende, bislang aber noch unbestimmte Faktoren reagiert werden. Zweitens wird über eine lange Zeit hinweg die Lebensführung des Geschädigten bzw der Hinterbliebenen gesichert. Drittens steht diese Methode auch einem Schädiger offen, der nicht über die finanziellen Mittel verfügt, einmalig eine hohe Summe zu leisten. **7/769**

(2) *Nachteile*

Jedoch hat diese Methode auch folgende Nachteile: Erstens besteht die Gefahr, dass die Zahlungen, die ja über einen langen Zeitraum hinweg laufen, nicht gewährleistet sind, wenn sich die finanzielle Situation des Schädigers verschlechtert, sein Aufenthalt unbekannt wird oder er nicht länger gewillt ist zu zahlen. Zweitens kann es zu Komplikationen bei der Eintreibung der Forderung kommen, wenn der Schädiger umzieht oder ein Erbfall eintritt. Drittens kann es die Parteien in eine psychisch belastende Situation bringen, da die Beziehung zwischen den Parteien über einen langen Zeitraum hinweg bestehen bleibt. **7/770**

c. Gerichtliche Praxis

In der gerichtlichen Praxis stellt sich die Lage wie folgt dar. **7/771**

(1) *Grundsatz der Einmalzahlung*

In der überwältigenden Mehrheit von Fällen wird eine Einmalzahlung zugesprochen und nur in wenigen Fällen eine Rente festgelegt[214]. **7/772**

(2) *Verbindlichkeit der Parteivorbringen*

Ferner kann nach der Rechtsprechung keine Rentenzahlung zuerkannt werden, wenn die Parteien eine Einmalzahlung beantragt haben[215]. **7/773**

---

214 In der Entscheidung RGH vom 16.9.1916, Minroku 22, 1796, wurde ausnahmsweise eine Rentenzahlung zugesprochen.

215 OGH vom 6.2.1987, Hanrei Jihô 1232, 100.

d. Lösungsansätze im Zivilprozessrecht

7/774 Das Zivilprozessgesetz (ZPG)[216] erkennt die Rentenzahlung als eine mögliche Form der Leistung an und gleicht durch seine Bestimmungen einige ihrer erwähnten Nachteile aus.

(1) Änderung der Umstände

7/775 Treten in Bezug auf eine rechtskräftige Entscheidung über die Gewährung von Ersatz in Form einer Rentenzahlung für den Schaden, der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist, nach Beendigung der mündlichen Verhandlung schwerwiegende Veränderungen in den Umständen ein, die der Festlegung der Schadenssumme zugrunde lagen, etwa hinsichtlich des Ausmaßes einer Folgeerkrankung oder des Lohnniveaus, so kann eine Klage auf Abänderung des Urteils eingebracht werden (Art 117 Abs 1 Satz 1 ZPG).

(2) Sicherung der Erfüllung

7/776 Das Problem, wie bei einer Rentenzahlung die Erfüllung der Verpflichtungen durch den Schädiger in Zukunft sichergestellt werden kann, bleibt jedoch auch im ZPG ungelöst.

B. Naturalrestitution

7/777 Neben dem Ersatz in Geld ist es auch denkbar, den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Zustand zu beseitigen und jenen Zustand wiederherzustellen, der vor Eintritt der Rechtsverletzung bestand.

1. Grundregel

7/778 Im japanischen Recht ist der Schadenersatz jedoch grundsätzlich auf Geldleistungen beschränkt. Zur Naturalrestitution kommt es grundsätzlich nur bei dinglichen Ansprüchen oder Bereicherungsansprüchen.

2. Ausnahme

7/779 Ausnahmsweise sieht das ZG jedoch bei Ehrverletzungen Naturalrestitution vor. Nach Art 723 ZG kann das Gericht auf Antrag des Geschädigten – statt des Schadenersatzes in Geld oder zusätzlich zu diesem – demjenigen, der die Ehre eines anderen verletzt hat, geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Ehre auferlegen.

---

216 *Minji soshô-hô,* Gesetz Nr 109/1996 idF Gesetz Nr 30/2012.

II. Berechnung des Schadenersatzes

A. Berechnungsmethode

Es sind zwei verschiedene Methoden der Berechnung des Schadenersatzes denkbar. **7/780**

1. Kumulation einzelner Schadensposten

Eine Methode ist, Vorliegen und Ausmaß der entstandenen Nachteile für jeden einzelnen Schadensposten (zB Heilungskosten, Kosten des Krankenhauses oder entgangener Gewinn) festzustellen und durch deren Zusammenrechnen die Schadenssumme zu bestimmen. **7/781**

2. Umfassende Schadensberechnung

Eine andere Methode besteht darin, alle Schadenstatsachen umfassend zu bewerten und so die Schadenssumme zu berechnen. **7/782**

B. Zu berücksichtigende Umstände bei der Schadensberechnung

1. Tatsächliche Änderungen in den Einnahmen und Ausgaben

Je nachdem, ob die tatsächlichen Veränderungen in den Einnahmen und Ausgaben des Geschädigten berücksichtigt werden oder nicht, lassen sich bei der Schadensberechnung zwei Herangehensweisen unterscheiden. **7/783**

a. Konkrete Schadensberechnung

Erstens kann der Schaden in Übereinstimmung mit den tatsächlich entstandenen Veränderungen in den Einnahmen und Ausgaben des Geschädigten berechnet werden. Dies geht mit der Methode der Kumulation der einzelnen Schadensposten konform. **7/784**

b. Abstrakte Schadensberechnung

Zweitens ist es aber auch möglich, von den tatsächlich entstandenen Veränderungen in den Einnahmen und Ausgaben zu abstrahieren und den Schaden aufgrund des Marktwerts zu berechnen. **7/785**

(1) Umfassende Schadensberechnung

Bei der umfassenden Schadensberechnung wird der Schaden auf der Basis des »Marktwerts«, etwa der durch eine Körperverletzung beeinträchtigten Werte bzw Interessen, berechnet. **7/786**

(2) Kumulation einzelner Schadensposten

7/787 Bei abstrakter Berechnung auf Grundlage der Kumulation einzelner Schadensposten stellt sich die Lage wie folgt dar.

(i) Positiver Schaden

7/788 Der positive Schaden setzt sich beispielsweise aus den gewöhnlich erforderlichen Aufwendungen zur Heilung der erlittenen Körperverletzung des Geschädigten zusammen.

(ii) Negativer Schaden

7/789 Der negative Schaden besteht in der Minderung des Durchschnittseinkommens entsprechend der erlittenen Körperverletzung.

2. Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten des Geschädigten

7/790 Ferner kann abhängig davon, ob die individuellen Eigenschaften des Geschädigten Berücksichtigung finden oder nicht, zwischen folgenden beiden Berechnungsmethoden unterschieden werden.

a. Individuelle Berechnung

7/791 Eine Methode besteht darin, den Schaden in Abstimmung mit den tatsächlichen individuellen Eigenschaften des Geschädigten zu bestimmen.

b. Pauschal-abstrakte Berechnung

7/792 Eine andere Methode ist es, von den individuellen Eigenschaften des konkreten Geschädigten zu abstrahieren und den Schaden in Form eines Pauschalbetrags zu bestimmen. Dabei werden im Vorhinein für verschiedene Kategorien von Verletzungen bestimmte Schadenssummen festgelegt und der Schaden wird danach bestimmt, in welche Kategorie die Verletzung des Geschädigten fällt.

(1) Pauschalierungstheorie

7/793 Nach den Vertretern der Pauschalierungstheorie ist, soweit es um Tod oder Körperverletzung geht, der Wert des menschlichen Lebens und Körpers pauschal zu bewerten ist[217].

217 *Nishihara,* Songai baishô no hôri [Rechtstheorie des Schadenersatzes], Jurisuto 381 (1967) 148.

(2) Praxis bei Verkehrsunfällen

In der Praxis werden bei ganz typischen Unfällen, wie etwa Verkehrsunfällen, pauschale Maßstäbe festgelegt und Richtlinien für die Bewertung herangezogen[218]. **7/794**

III. Minderung des Ersatzbetrags

A. Vorteilsausgleich

1. Begriff

Erhält der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung zugleich auch einen Vorteil, so ist dieser Vorteil vom Schadensbetrag abzuziehen; dies bezeichnet man als Vorteilsausgleich. **7/795**

2. Begründung

Die Begründung des Vorteilsausgleichs ist strittig. **7/796**

a. Differenzmethode

Zum einen lässt sich der Vorteilsausgleich aus der Differenzmethode heraus begründen, nach der er selbstverständlich vorzunehmen ist[219]. **7/797**

(1) Gründe

Die Differenzmethode beruht auf dem Gedanken, dass dann, wenn es zu einer Minderung des Vermögens des Geschädigten kommt, der Betrag, um den sich das Vermögen verringert hat, als Schaden anzusehen ist. Hat der Geschädigte neben Verlusten auch Vorteile erlangt, ergibt sich der tatsächliche Schaden durch das Zusammenrechnen von Verlusten und Vorteilen. **7/798**

(2) Problem

Beschränkt man sich jedoch auf ein rein mathematisches Zusammenrechnen, so müsste sich der Geschädigte auch Vorteile anrechnen lassen, die er durch einen Erbfall oder Spenden erhalten hat. **7/799**

---

218 Sanchô kyôdô teigen [Gemeinsamer Vorschlag der 27. Zivilkammer des DG Tokyo, der 15. Zivilkammer des DG Osaka und der 3. Zivilkammer des DG Nagoya], siehe Kôtsû jiko ni yoru isshitsu rieki no santei hôshiki ni tsuite no kyôdo teigen [Gemeinsamer Vorschlag zur Methode der Berechnung des entgangenen Gewinns bei Verkehrsunfällen], Hanrei Jihô 1692 (2000) 162.

219 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 204; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 245.

b. Grundsatz des Bereicherungsverbots

7/800 Heute wird hingegen vor allem vertreten, dass dem Vorteilsausgleich der Gedanke des Bereicherungsverbots zugrunde liegt. Demnach soll der Geschädigte durch den Schadenersatz in den früheren Zustand zurückversetzt werden, soll aber keinen darüber hinausgehenden Vorteil aus der unerlaubten Handlung ziehen. Der Vorteilsausgleich ist demnach als Ausfluss des Bereicherungsverbots zu verstehen, das sich wiederum aus dem deliktsrechtlichen Grundsatz der Restitution ableitet[220].

3. Gegenstand

7/801 Strittig ist, welche Vorteile Gegenstand des Vorteilsausgleichs sind.

a. Differenzmethode

(1) Grundgedanke

7/802 Nach der Differenzmethode ist auch der Bereich des Vorteilsausgleichs durch die Adäquanztheorie zu bestimmen. Folglich sind Vorteile, die in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit der schädigenden Handlung stehen, anzurechnen[221].

(2) Problem

7/803 Problematisch ist dabei jedoch, dass es unklar ist, was als adäquat anzusehen ist.

b. Bereicherungsverbot

7/804 Nach der Lehre vom Bereicherungsverbot ist hingegen zu prüfen, was der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands dient und was ein darüber hinausgehender, nicht zulässiger Vorteil ist. Maßgeblich ist hierbei, ob die Erzielung des Vorteils und der Ersatz des Schadens miteinander vereinbar sind; dies wird häufig als Frage der »Gleichartigkeit von Vorteil und Schaden« bezeichnet[222].

220 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 601; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]4 171; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 326.

221 Vgl etwa *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 204; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 245.

222 *Sawai,* Tekisutobukku jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Lehrbuch zur Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung]3 248 f; *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 602; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]4 171 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 327.

(1) *Negatives Interesse*

Wird der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung von Ausgaben befreit und würde er einen die Wiederherstellung des früheren Zustandes übersteigenden Vorteil erlangen, wenn er Ersatz des Schadens (entgangenen Gewinns) ohne Berücksichtigung der ersparten Ausgaben erhielte, so ist ein Vorteilsausgleich durchzuführen. Hierbei ist entscheidend, ob ein Ersatz des entgangenen Gewinns ohne Aufwendungen zulässig ist. **7/805**

(2) *Positives Interesse*

Hat der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung Einnahmen erlangt und würde er einen die Wiederherstellung des früheren Zustandes übersteigenden Vorteil erlangen, wenn er Ersatz des Schadens ohne Berücksichtigung der nicht erlangten Einnahmen erhielte, so ist ein Vorteilsausgleich durchzuführen. Hierbei ist entscheidend, ob die Einnahmen den Ausgleich des Schadens bezwecken (Gemeinsamkeit des Zwecks der Entschädigung). **7/806**

B. Mitverschulden

1. Übersicht

Art 722 Abs 2 ZG bestimmt, dass das Gericht bei der Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes berücksichtigen kann, wenn auch dem Geschädigten ein Verschulden zur Last fällt. **7/807**

a. Berücksichtigung des Verschuldens

(1) *Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung*

Trifft den Geschädigten ein Verschulden, so liegt es also im Ermessen des Richters, ob das Mitverschulden berücksichtigt wird und, wenn ja, in welcher Höhe der Schadenersatz gemindert wird[223]. **7/808**

(2) *Berücksichtigung von Amts wegen*

Stellt das Gericht aufgrund der im Prozess vorgelegten Unterlagen fest, dass den Geschädigten ein Verschulden trifft, so hat es dies auch ohne Vorbringen des Ersatzpflichtigen zum Mitverschulden von Amts wegen zu berücksichtigen[224]. **7/809**

223 RGH vom 26.11.1920, Minroku 26, 1911.
224 RGH vom 1.8.1928, Minshû 7-9, 648; OGH vom 21.6.1966, Minshû 20-5, 1052.

b. Minderung der Höhe des Ersatzes

7/810 Nach Art 722 Abs 2 ZG kann der Richter bei einem Verschulden des Geschädigten bloß die Höhe des Schadenersatzes mindern, aber nicht die Haftung gänzlich verneinen. Dies ergibt sich aus dem Unterschied zum Wortlaut der Bestimmung zur Nichterfüllung. Art 418 ZG lautet: »Trifft den Gläubiger an der Nichterfüllung der Verbindlichkeit ein Verschulden, so hat das Gericht dies sowohl bei der Bestimmung der Haftung als auch bei der Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes zu berücksichtigen«. Es ist jedoch fraglich, ob ein sachlicher Grund für diese Unterscheidung besteht.

2. Bedeutung des »Verschuldens« des Geschädigten

7/811 Strittig ist, was unter Verschulden im Sinne des Art 722 Abs 2 ZG zu verstehen ist. Das steht im engen Zusammenhang mit dem Grundproblem, wie das Mitverschulden im Verhältnis zur Haftungsentstehung einzuordnen ist.

a. Rücküberwälzung des Schadens auf den Geschädigten

7/812 Ganz überwiegend wird Mitverschulden als ein Institut verstanden, durch das der Schaden aus einer unerlaubten Handlung, den grundsätzlich der Schädiger zu ersetzen hat, wieder auf den »schuldhaft« handelnden Geschädigten rücküberwälzt wird, und zwar im Ausmaß von dessen Mitverschulden.

(1) Einordnung des Mitverschuldens

7/813 Das Mitverschulden ist demnach wie folgt einzuordnen.

(i) Unerlaubte Handlung – Zurechnung zum Schädiger

7/814 Liegen die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung (vorsätzliche bzw fahrlässige Rechtsverletzung und Kausalität) vor, so haftet der Schädiger für den Ersatz des Schadens. Dadurch wird der Schaden, den eigentlich der Rechtsinhaber (der Geschädigte) zu tragen hätte, auf den Geschädigten überwälzt.

(ii) Mitverschulden – neuerliche Zurechnung zum Geschädigten

7/815 Soweit jedoch ein »Verschulden« des Geschädigten mitgewirkt hat, kann die Tragung des Schadens dem Geschädigten auferlegt werden. Durch das Mitverschulden wird also ein Schaden, der zunächst auf den Schädiger überwälzt wurde, wieder dem Geschädigten zugerechnet werden.

(2) Rechtfertigung der Rücküberwälzung auf den Geschädigten

7/816 Problematisch ist, wie diese neuerliche Zurechnung zum Geschädigten zu begründen ist.

(i) Echtes Verschulden

Einerseits wird vertreten, dass auch hier das Verschuldensprinzip zur Anwendung kommt und der Geschädigte aufgrund seines Verschuldens für den Schaden haften müsse[225]. **7/817**

aa. Bedeutung des »Verschuldens«

»Verschulden« wird hier gleich verstanden wie das Verschulden, das gemäß Art 709 ZG beim Schädiger vorliegen muss. **7/818**

bb. Deliktsfähigkeit des Geschädigten

Voraussetzung ist, dass der Geschädigte ebenso wie der Schädiger deliktsfähig ist[226]. **7/819**

(ii) Unechtes Verschulden

Heute überwiegt hingegen die Ansicht, dass beim Mitverschulden das Verschuldensprinzip nicht unmittelbar anwendbar sei, sondern angepasst werden müsse. **7/820**

aa. Mangelnde Sorgfältigkeit

Nach der herrschenden Meinung geht es beim Mitverschulden nicht darum, die Haftung des Geschädigten anzuerkennen, sondern aus Gerechtigkeitsgründen den Betrag des Ersatzes zu mindern. Folglich ist nicht ein Verschulden des Geschädigten im eigentlichen Sinne erforderlich, sondern es reicht aus, dass eine Vorwerfbarkeit vorliegt, die unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine Minderung des Schadenersatzes angemessen erscheinen lässt[227]. **7/821**

aaa. Bedeutung des »Verschuldens«

Nach diesem Verständnis bedeutet »Verschulden« nichts anderes als bloße mangelnde Sorgfalt. **7/822**

bbb. Deliktsfähigkeit des Geschädigten

Dies setzt nicht notwendigerweise voraus, dass der Geschädigte auch deliktsfähig ist, dh die Fähigkeit besitzt zu erkennen, dass sein Verhalten eine Haftung nach sich zieht, sondern es reicht aus, dass er soweit einsichtsfähig ist, dass er in der Lage wäre, die notwendige Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens anzuwenden (das entspricht der Einsichtsfähigkeit eines etwa sechsjährigen Kindes). **7/823**

225 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 209.
226 *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 210.
227 *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 247. Vgl auch OGH vom 24.6.1964, Minshû 18-5, 854.

bb. Schadensminderungspflicht

7/824 Eine durchaus einflussreiche weitere Ansicht begründet die Mitverschuldensregelung mit einer Pflicht zur Schadensminderung. Zwar darf der Schädiger nicht die Rechte eines anderen verletzen, doch für den Rechtsinhaber selbst gilt nicht, dass ihm die Verletzung seiner eigenen Rechte verboten ist, da er über diese nach Belieben verfügen darf. Da es bei der deliktischen Haftung ja um die Überwälzung des Schadens auf einen anderen, nämlich den Schädiger, gehe, sei der Geschädigte aber durchaus dazu verpflichtet, den Schaden zu vermeiden oder gering zu halten, um den anderen nicht weiter zu belasten[228].

aaa. Bedeutung des »Verschuldens«

7/825 Verschulden bedeutet nach dieser Ansicht somit, dass der Geschädigte die an ihn gestellte Erwartung, sich so zu verhalten, dass der Schaden vermieden oder vermindert wird, enttäuscht[229].

bbb. Deliktsfähigkeit des Geschädigten

7/826 Dies setzt eine Einsichtsfähigkeit des Geschädigten voraus, die sich allerdings darauf beschränkt, dass er in der Lage sein muss, die notwendige Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens anzuwenden. Das bedeutet in diesem Fall, dass er die Fähigkeit besitzen muss, zu erkennen, dass für ihn eine Gefahr besteht, und auch über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen muss, um von ihm eine Vermeidung oder Minderung des Schadens erwarten zu können[230].

b. Beschränkung des Haftungsumfangs des Schädigers

7/827 Nach anderer Ansicht kommt es nicht zu einer Rücküberwälzung, sondern die Haftung des Schädigers erstreckt sich von vornherein nicht auf jenen Teil, der auf ein »Verschulden« des Geschädigten zurückzuführen ist; daher kann die Einsichtsfähigkeit des Geschädigten unberücksichtigt bleiben. Zwei Begründungen sind für diese Ansicht denkbar.

(1) Begründung mittels der Kausalität

7/828 Eine mögliche Begründung geht dahin, dass der Umfang der Haftung danach zu bestimmen ist, ob und in welchem Umfang ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Erfolgseintritt besteht.

---

228 Vgl *Kubota,* Kashitsu sôsai no hôri [Rechtstheorie des Mitverschuldens] 192 ff, insbesondere 198 f, 205 f. Auch *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 305, 310 f, vertritt grundsätzlich diese Ansicht.

229 *Kubota,* Kashitsu sôsai no hôri [Rechtstheorie des Mitverschuldens] 205 f.

230 *Kubota,* Kashitsu sôsai no hôri [Rechtstheorie des Mitverschuldens] 201 f.

(i) Teilweise (teilbare) Kausalität

Im Fall, dass mehrere Schadensursachen konkurrieren, geht diese Ansicht davon aus, dass zwar jede Schadensursache aufgrund ihrer jeweiligen Kausalität Einfluss auf den Gesamtschaden habe, aber es sich im Verhältnis zum Gesamtschaden jeweils nur um eine teilweise Kausalität handle, so dass auch der Umfang der Haftung auf diese zu beschränken sei. Mitverschulden bedeute daher nichts anderes, als dass nicht nur das Verhalten des Schädigers, sondern auch das Verhalten des Geschädigten eine Teilursache für den Gesamtschaden darstelle und der Umfang der Haftung des Schädigers entsprechend dem Anteil seiner Kausalität zu bestimmen sei[231]. **7/829**

(ii) Kritik

Dieses Verständnis der Kausalität weist jedoch folgende Probleme auf[232]. **7/830**

aa. Verständnis der Kausalität

Da bei wissenschaftlicher oder auch volkstümlicher Betrachtung jeder Erfolg stets auf eine Unzahl von Ursachen zurückzuführen ist, wird die rechtliche Kausalität in den meisten Rechtsordnungen anhand der Formel der *conditio sine qua non* beurteilt. Wenn man nun auf den jeweiligen Anteil an der Kausalität abstellen will, so verstößt dies gegen das eben genannte Verständnis der Kausalität. Es ist aber darüber hinaus auch unmöglich, objektiv auf der Grundlage von erbrachten Beweisen Anteile zu bestimmen. **7/831**

bb. Rechtliche Beurteilung

Unklar bleibt bei dieser Ansicht ferner, aus welchem Grund der Umfang der rechtlichen Haftung anhand der tatsächlichen Ursächlichkeit zu bestimmen sein soll. **7/832**

(2) Begründung mittels der Rechtswidrigkeit

Eine andere Ansicht will die eingeschränkte Haftung des Schädigers nicht mittels der Kausalität, sondern aufgrund des Grades der Rechtswidrigkeit auf Seiten des Schädigers begründen. **7/833**

(i) Minderung der Rechtswidrigkeit

Manche sehen dies als eine Minderung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers durch das »Verschulden« des Geschädigten an[233]. Beim Mitverschulden **7/834**

---

231 *Hamagami,* Songai baishô-hô ni okeru »hoshô riron« to »bubunteki inga kankei no riron« [Die Theorie der Kompensation und die Theorie der teilweisen Kausalität im Schadenersatzrecht], Minshô-hô Zasshi 66-4 (1972) 14ff.

232 *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 147; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 309.

233 *Kawai,* Kashitsu sôsai no honshitsu [Das Wesen des Mitverschuldens], Hanrei Taimuzu 240 (1970) 10.

gehe es um die Beurteilung, was der Schädiger entsprechend den vom Geschädigten geschaffenen Umständen tun musste und in welchem Ausmaß er diese verabsäumt hat, dh die Haftung des Schädigers wird entsprechend dem Grad der Rechtswidrigkeit bestimmt.

(ii) Aufrechnung der Rechtswidrigkeit

7/835 Andere nehmen hingegen eine Aufrechnung der Rechtswidrigkeit des Schädigers mit der Rechtswidrigkeit des Geschädigten an, aus der sich der Umfang der Haftung des Schädigers bestimme[234].

aa. Aufrechnung

7/836 Dahinter steht die Idee, dass dann, wenn beide Parteien eine Handlungspflicht gegenüber denselben rechtlich geschützten Interessen des Geschädigten verletzten, die Rechtswidrigkeit beider gegeneinander »aufzurechnen« ist und sich somit die Rechtswidrigkeit des Schädigers vermindert[235].

aaa. Schädiger Seite

7/837 Auf Seiten des Schädigers liegt ein Verstoß gegen die Handlungspflicht vor, die Rechtsgüter des Geschädigten nicht zu verletzen.

bbb. Geschädigten Seite

7/838 Auf Seiten des Geschädigten liegt insofern ein Verstoß gegen eine Handlungspflicht vor, als er die ihm gegenüber bestehende Gefahr nicht abgewendet hat, obwohl dies von ihm erwartet werden konnte.

bb. Rechtfertigung der Schadenstragung durch den Geschädigten – Sphärenprinzip

7/839 Die Minderung der Rechtswidrigkeit des Schädigers beruht in diesem Fall auch auf dem Gedanken, dass der Geschädigte einen Schaden, der aus seiner eigenen Sphäre herrührt, selbst zu tragen hat[236].

234 *Hashimoto,* Kashitsu sôsai hôri no kôzô to shatei (1)-(5) [Struktur und Reichweite des Prinzips des Mitverschuldens], Hôgaku Ronsô 137-2, 16; 137-4, 1; 137-5, 1; 137-6, 1; 139-3, 1; insbesondere 137-6, 31.

235 *Hashimoto,* Hôgaku Ronsô 137-6, 32 ff.

236 *Hashimoto,* Hôgaku Ronsô 137-6, 36 ff. Das Sphärenprinzip ist als ein Grundsatz zur Verteilung des Risikos abhängig davon, in wessen Sphäre (Einflussbereich bzw Geschäftsbereich) die Ursache (das Schadensrisiko) liegt.

C. Ausweitung des Mitverschuldens – Veranlagung des Geschädigten

Sind psychische oder physische Charakteristika oder eine Erkrankung des Geschädigten eine Ursache für die Entstehung oder Ausweitung des Schadens, so stellt sich die Frage, ob mit Rücksicht darauf die Höhe des Ersatzes zu mindern ist. **7/840**

1. Bejahung der Berücksichtigung der Veranlagung des Geschädigten

Nach der Rechtsprechung ist eine Veranlagung des Geschädigten, die zur Entstehung oder Ausweitung des Schadens beigetragen hat, in analoger Anwendung des Art 722 Abs 2 ZG bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen, sofern es als ungerecht anzusehen wäre, dem Schädiger den Ersatz des gesamten Schadens aufzuerlegen[237]. **7/841**

a. Gegenstand der Berücksichtigung

Hierbei stellt sich die Frage, welche Veranlagungen des Geschädigten zu berücksichtigen sind. **7/842**

(1) Psychische Faktoren

Anerkannt ist die Berücksichtigung psychischer Faktoren[238]. **7/843**

(2) Physische Faktoren

Hinsichtlich physischer Faktoren ist zwischen folgenden zwei Fällen zu unterscheiden. **7/844**

(i) Krankheit

Leidet der Geschädigte an einer Krankheit, so ist diese entsprechend ihrer Art und Schwere zu berücksichtigen[239]. **7/845**

(ii) Physische Besonderheiten

Wenn es sich jedoch um Abweichungen vom durchschnittlichen Körperbau oder einer normalen Konstitution handelt, die jedoch keine Krankheit darstellen, so sind diese wie folgt zu berücksichtigen[240]. **7/846**

---

237 OGH vom 21.4.1988, Minshû 42-4, 243.
238 OGH vom 21.4.1988, Minshû 42-4, 243.
239 OGH vom 25.6.1992, Minshû 46-4, 400; OGH vom 27.3.2008, Hanrei Jihô 2003, 155.
240 OGH vom 29.10.1996, Minshû 50-9, 2474.

aa. Grundregel

7/847 Grundsätzlich sind derartige Faktoren nicht zu berücksichtigen. Körperbau und Konstitution sind nicht bei allen Menschen gleich, so dass selbstverständlich davon auszugehen ist, dass Besonderheiten, die sich im Rahmen individueller Unterschiede bewegen, bestehen. Eine Minderung des Ersatzes ist auf dieser Grundlage nicht möglich.

bb. Ausnahme

7/848 Ausnahmsweise kann es aber zu einer Berücksichtigung kommen, wenn jemand physische Besonderheiten aufweist, die deutlich von den Durchschnittswerten gewöhnlicher Menschen abweichen, und er sich trotz der Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung nicht vorsichtiger verhalten hat als gewöhnliche Menschen.

b. Rechtfertigung der Berücksichtigung

7/849 Fraglich ist jedoch, aus welchem Grund die Berücksichtigung derartiger Veranlagungen zu einer gerechten Verteilung des Schadens führt. Dazu gibt es folgende Erklärungsansätze.

(1) Minderung des Ersatzes entsprechend dem Beitrag zum Schaden

7/850 Eine Ansicht versucht dies mit der Berücksichtigung des Beitrages der Veranlagung des Geschädigten zum Schaden zu erklären.

(i) Grundgedanke

7/851 Demnach hat der Schädiger den Schaden nur in dem Umfang zu tragen, in dem seine schädigende Handlung zur Entstehung des Erfolgs beigetragen hat[241].

(ii) Kritik

7/852 An diesem Gedanken ist jedoch Folgendes zu kritisieren.

aa. Verständnis der Kausalität

7/853 Hinsichtlich der Kausalität bestehen die bereits oben angesprochenen Probleme.

241 *Nomura,* Inga kankei no honshitsu [Das Wesen der Kausalität], in: Kôtsû jiko funsô shori sentâ seiritsu 10 shûnen kinen ronbun-shû [Festschrift zum 10 Jahres-Jubiläum des Zentrums für Streitbeilegung in Verkehrssachen] (1984) 62.

bb. Unmöglichkeit der Beschränkung hinsichtlich des Gegenstands der Berücksichtigung

Nach dieser Ansicht müssten jegliche physische Besonderheiten, die zur Entstehung des Erfolgs beigetragen haben, berücksichtigt werden. **7/854**

(2) Sphärentheorie

Nach einer anderen Ansicht lässt sich das Problem mittels der Sphärentheorie erklären. **7/855**

(i) Rechtfertigung der Schadenstragung durch den Geschädigten – Sphärentheorie

Da die Veranlagung aus der Rechtssphäre des Geschädigten stammt, hat er auch das Risiko zu tragen[242]. **7/856**

(ii) Möglichkeit der Beschränkung hinsichtlich des Gegenstandes der Berücksichtigung

Fraglich ist, welche Risiken dem Geschädigten zuzuweisen sind. **7/857**

aa. Allgemeines Risiko

Verwirklicht sich ein allgemeines Lebensrisiko, so hat der Schädiger, der dies durch ein schuldhaftes Verhalten verursacht hat, alle Folgen zu tragen. **7/858**

bb. Besondere Risiken

Verwirklicht sich hingegen ein Risiko, mit dem im gesellschaftlichen Leben nicht gerechnet werden muss, so hat der Geschädigte die Folgen nur zu tragen, wenn sie aus seiner Rechtssphäre stammen. **7/859**

(iii) Problem

Problematisch ist jedoch, wie zu beurteilen ist, was unter das allgemeine Lebensrisiko fällt[243]. **7/860**

2. Ablehnung der Berücksichtigung der Veranlagung des Geschädigten

Es ist jedoch auch eine Ansicht einflussreich, wonach eine Veranlagung des Geschädigten, die zur Entstehung und Ausdehnung des Schadens beigetragen hat, **7/861**

242 *Hashimoto,* Hôgaku Ronsô 139-3, 21 ff.

243 *Hashimoto,* Hanrei-Hihyô: Saihan Heisei 8-nen 10-gatsu 29-nichi [Anmerkung zu OGH-Urteil vom 29.10.1996], Minshô-hô Zasshi 117-1 (1997) 100, will darauf abstellen, ob eine Veranlagung darüber hinausgeht, was in den Bereich bloßer individueller Unterschiede fällt.

nicht als Begründung dafür herangezogen werden darf, um die Höhe des Ersatzes zu mindern[244].

a. Begründung

7/862 Dies wird wie folgt begründet.

(1) Wirksamwerden der Veranlagung durch die unerlaubte Handlung des Schädigers

7/863 Ohne die unerlaubte Handlung des Schädigers wäre die Veranlagung nicht wirksam geworden und es wäre überhaupt nicht zu dem Schaden oder dessen Erweiterung gekommen[245].

(2) Ungerechtfertigte Schadenstragung durch den Geschädigten

7/864 Es würde jedoch nicht mehr darauf ankommen, durch wessen Verhalten sich das der Veranlagung inhärente Risiko verwirklicht hat, wenn man es dem Geschädigten zuwiese. Die vorliegende Ansicht stützt sich daher noch auf besondere Gründe, die es ungerechtfertigt erscheinen lassen, dem Geschädigten das Risiko zuzuweisen.

(i) Übermäßige Beschränkung der Freiheit des Geschädigten

7/865 Bei einer Berücksichtigung der Veranlagung besteht die Gefahr, dass die Handlungsfreiheit desjenigen, der eine solche Veranlagung aufweist, eingeschränkt und seine Teilnahme am gesellschaftlichen Leben behindert wird, wenn er in erhöhtem Maße vermeiden muss, Opfer einer unerlaubten Handlung zu werden.

(ii) Gedanke der gesellschaftlichen Solidarität

7/866 Ferner ist die Berücksichtigung der Veranlagung ebenso wie die Deliktsfähigkeit aufgrund des Gedankens der gesellschaftlichen Solidarität geboten.

aa. Deliktsfähigkeit

7/867 Um auch Deliktsunfähigen eine Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen, muss der Geschädigte Schäden durch einen Deliktsunfähigen als unvermeidlich hinnehmen und selbst tragen.

---

244 *Kubota,* Kashitsu sôsai no hôri [Rechtstheorie des Mitverschuldens] 70 f; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 159 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]^{4} 180; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 322 f.

245 Dahinter steht der in diesem Zusammenhang häufig erwähnte und aus dem englischen Recht stammende Gedanke, »a tortfeasor takes his victim as he finds him«.

bb. Veranlagung des Geschädigten

In ähnlicher Weise hat bei einer besonderen Veranlagung des Geschädigten derjenige, der die schädigende Handlung gesetzt hat, das durch die Veranlagung erhöhte Risiko der Entstehung und Ausweitung des Schadens zu tragen, um damit demjenigen, der eine solche Veranlagung hat, die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen. **7/868**

b. Berücksichtigung im Rahmen des Mitverschuldens

Liegt ein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht des Geschädigten vor, so ist gewöhnlich Mitverschulden gegeben. Ist dem Geschädigten zumutbar, seine Veranlagung zu erkennen und zu beherrschen, und hätte er demzufolge sein eigenes Verhalten entsprechend kontrollieren können, so ist ihm eine dahingehende Verabsäumung zuzurechnen und daher die Höhe des Ersatzes zu mindern. **7/869**

D. Minderung der Ersatzpflicht

Im japanischen Recht gibt es keine Vorschrift zur Minderung der Ersatzpflicht aus Billigkeit. Auch in der Literatur und Rechtsprechung wird die Notwendigkeit einer solchen Bestimmung nicht thematisiert. Dies könnte daran liegen, dass keine schwerwiegenden Probleme auftreten, da nach japanischem Insolvenzrecht eine Befreiung von der Haftung möglich ist (Art 248 ff Konkursgesetz)[246]. **7/870**

246 *Hasan-hô,* Gesetz Nr 75/2004 idF Gesetz Nr 45/2013.

Teil 9 Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen

7/871 Art 724 ZG lautet: »Der Anspruch auf Schadensersatz wegen einer unerlaubten Handlung verjährt innerhalb von drei Jahren ab dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte oder sein gesetzlicher Vertreter Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangte. Das Gleiche gilt, wenn mehr als 20 Jahre seit der Begehung der unerlaubten Handlung vergangen sind«.

I. Kurze Verjährungsfrist nach Art 724 Satz 1

A. Die Bedeutung der kurzen Verjährungsfrist

1. Das Wesen der kurzen Verjährungsfrist

a. Verjährung von Forderungen

7/872 Die Frist für die Verjährung von Forderungen beträgt im Allgemeinen zehn Jahre (Art 167 Abs 1 ZG) und beginnt ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem das Recht ausgeübt werden kann (Art 166 Abs 1 ZG).

b. Kurze Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung

7/873 Dem gegenüber wird Art 724 Satz 1 ZG als Regelung einer verkürzten Verjährung verstanden, die eine Frist von lediglich drei Jahren vorsieht und als Beginn den Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Schädiger festlegt.

2. Grund für die kurze Verjährungsfrist

7/874 Wie die Einführung einer derartigen kurzen Verjährungsfrist begründet werden kann, ist strittig[247].

247 *Matsuhisa,* Jikô seido no kôzô to kaishaku [Struktur und Auslegung des Verjährungsrechts] (2011) 452 ff.

a. Vermeidung von Beweisschwierigkeiten

Nach einer Ansicht liegt der Grund für die Verkürzung der Verjährungsfrist in der Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Beweisführung[248]. **7/875**

(1) Argumentation

Da unerlaubte Handlungen unerwartet auftreten, kommt es nach dieser Ansicht leichter als bei Forderungen aus Vertrag dazu, dass mit zunehmendem Zeitablauf Beweismittel verloren gehen und die Beweisführung schwierig wird. Die kurze Verjährungsfrist sei daher eingeführt worden, um unberechtigten Klagen vorzubeugen bzw zu vermeiden, dass der Schädiger bei der Führung des Entlastungsbeweises in Schwierigkeiten gerät[249]. **7/876**

(2) Kritikpunkte

Hinsichtlich dieser Argumentation wurden folgende Probleme aufgezeigt. **7/877**

(i) Konsistenz mit der langen Frist von 20 Jahren?

Zunächst kann die Begründung mit der erforderlichen Vermeidung von Beweisschwierigkeiten nicht erklären, weshalb dennoch parallel auch eine lange Frist von 20 Jahren ab Begehung der unerlaubten Handlung besteht[250]. **7/878**

(ii) Konsistenz hinsichtlich des Beginns der Frist?

Wenn ferner der Grund darin liegen soll, den Schädiger vor Beweisschwierigkeiten in Hinblick auf seine Entlastung zu bewahren, so kann damit nicht erklärt werden, weshalb die Frist nicht im Zeitpunkt der unerlaubten Handlung, sondern erst im Zeitpunkt der Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt[251]. **7/879**

b. Nachlassen des Gefühls, einen Schaden erlitten zu haben

Eine andere Ansicht begründet die verkürzte Verjährungsfrist damit, dass das Gefühl, geschädigt worden zu sein, mit der Zeit nachlässt[252]. **7/880**

---

248 *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 646; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 429 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 285 f.

249 *Matsuhisa,* Jikô seido no kôzô to kaishaku [Struktur und Auslegung des Verjährungsrechts] 452 f.

250 *Suekawa,* Kenri shingai to kenri ran'yô [Rechtsverletzung und Rechtsmissbrauch] (1970) 647; *Uchiike,* Fuhô kôi sekinin no shômetsu jikô [Verjährung der Deliktshaftung] (1993) 32 f.

251 *Matsuhisa,* Jikô seido no kôzô to kaishaku [Struktur und Auslegung des Verjährungsrechts] 456.

252 *Suekawa,* Kenri shingai to kenri ran'yô [Rechtsverletzung und Rechtsmissbrauch] 634, 648 f; *Wagatsuma,* Jimu kanri, futô ritoku, fuhô kôi [Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung] 214; *Katô,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 263; *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 388;

(1) Argumentation

7/881 Da mit zunehmendem Zeitablauf auch das Gefühl, geschädigt worden zu sein, nachlasse, wäre es dieser Ansicht zufolge geradezu widersinnig, würde danach der Streit wieder begonnen. Wenn daher eine bestimmte Zeitspanne ab dem Zeitpunkt vergangen ist, in dem der Geschädigte oder sein gesetzlicher Vertreter Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt haben, könne man davon ausgehen, dass sich die Gefühle des Geschädigten wieder beruhigt haben; es sei daher angemessen, wenn der Schadenersatzanspruch erlösche.

(2) Kritik

7/882 Diese Ansicht wurde in folgenden Punkten als problematisch angesehen.

(i) Verhältnis zum Entstehungsgrund

7/883 Zunächst ist allgemein anerkannt, dass der Schadenersatzanspruch selbst völlig unabhängig vom Wissen und von den Gefühlen des Geschädigten entsteht. Daher kann auch ein Erlöschen des Ersatzanspruches nicht einfach dadurch gerechtfertigt werden, dass das Wissen oder die Gefühle des Geschädigten nachlassen[253].

(ii) Widerspruch zum Zweck des Schadenersatzrechts

7/884 Die Begründung allein mit den Gefühlen des Geschädigten ist ferner mit den Hauptzwecken des Schadenersatzrechts nicht vereinbar, nämlich dem Ersatz des erlittenen Verlustes[254].

c. Schutz des Vertrauens des Schadenersatzpflichtigen

7/885 Eine dritte Ansicht sieht den Grund für die Verkürzung der Verjährungsfrist im Schutz des Vertrauens des Schadenersatzpflichtigen[255].

(1) Argumentation

7/886 Nach dieser Ansicht ist es selbstverständlich, dass der Verpflichtete (Schädiger) darauf vertraut, dass der Berechtigte (Geschädigte) ihm vergeben oder auf seinen Anspruch verzichtet habe, wenn dieser nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums sein Recht geltend macht. Fordere der Berechtigte, der über einen langen Zeitraum hinweg keinen Anspruch erhoben habe, nun plötzlich Schadenersatz, so

---

Ikuyo/Tokumoto, Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 347 ff, führen sowohl die Beweisschwierigkeiten als auch das Nachlassen des Gefühls, einen Schaden erlitten zu haben, als Gründe an.

253 *Uchiike,* Fuhô kôi sekinin no shômetsu jikô [Verjährung der Deliktshaftung] 34.

254 *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 429; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 285.

255 *Uchiike,* Fuhô kôi sekinin no shômetsu jikô [Verjährung der Deliktshaftung] 34 ff.

werde damit das berechtigte Vertrauen des Schadenersatzpflichtigen enttäuscht; das könne nicht zugelassen werden, weshalb die Verjährungsfrist verkürzt worden sei.

(2) *Kritik*

An dieser Ansicht wurde kritisiert, es sei nicht gerechtfertigt, dass der Schadenersatzpflichtige, der ja die unerlaubte Handlung begangen und dadurch den Schaden herbeigeführt habe, nur deshalb darauf vertraue, der Geschädigte habe ihm vergeben, weil dieser sein Recht bislang nicht ausgeübt habe[256]. **7/887**

B. Beginn des Fristenlaufs

Die kurze Verjährungsfrist beginnt ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Schädiger oder sein gesetzlicher Vertreter Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt. **7/888**

1. Bedeutung

Dahinter steht der Gedanke, dass die Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen sollte, in dem die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs möglich wird, da man zuvor nicht davon ausgehen könne, dass der Berechtigte es einfach nur versäume, sein Recht geltend zu machen. Erst dann, wenn infolge einer unerlaubten Handlung ein Schaden entstand und der Schädiger bekannt wurde, sei es ihm möglich, einen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger geltend zu machen, und daher dürfe auch die Verjährung erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnen. **7/889**

2. Kenntnis von der unerlaubten Handlung

Voraussetzung ist demnach, dass der Geschädigte bzw sein gesetzlicher Erbe Kenntnis von der unerlaubten Handlung erlangt[257]. Denn solange er keine Kenntnis von der unerlaubten Handlung hat, ist es ihm nicht möglich, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. **7/890**

3. Kenntnis vom Schädiger

Ferner ist es erforderlich, dass der Geschädigte Kenntnis vom Schädiger hat. »Schädiger« meint hierbei denjenigen, der zum Ersatz verpflichtet ist. **7/891**

256 *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 427.
257 RGH vom 15.3.1918, Minroku 24, 498; OGH vom 27.6.1968, Shômu Geppô 14-9, 1003.

4. Kenntnis vom Schaden

7/892 Schließlich muss der Geschädigte auch Kenntnis vom Schaden haben.

a. Bedeutung

7/893 Der Zeitpunkt, in dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt, meint hierbei den Zeitpunkt, in dem der Geschädigte ausreichende Kenntnisse erlangt hat, um vom Schädiger den Ersatz des Schadens zu verlangen, und auch tatsächlich in der Lage ist, dies zu tun[258].

(1) Gegenstand der Kenntnis

7/894 Es ist ausreichend, dass der Geschädigte Kenntnis von der Tatsache eines Schadenseintritts hat; Kenntnis des Ausmaßes und der Art des Schadens ist nicht erforderlich[259].

(2) Umfang der Kenntnis

7/895 Strittig ist, ob der Geschädigte tatsächlich Kenntnis vom Entstehen des Schadens haben muss. Nach der Rechtsprechung beginnt die Verjährung erst in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Geschädigte die tatsächliche Kenntnis vom Entstehen des Schadens erlangt[260]. Dies beruht auf folgenden Überlegungen.

(i) Zu erwartende Rechtsausübung

7/896 Hat der Schädiger nicht tatsächlich Kenntnis von der Entstehung des Schadens, so kann von ihm nicht erwartet werden, dass er den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger geltend macht.

(ii) Schutzbedürfnis des Geschädigten

7/897 Würde man ferner bloße Erkennbarkeit des Schadenseintritts genügen lassen, so würde dies dazu führen, dass der Geschädigte Nachforschungen darüber anstellen müsste, ob ein Schaden eingetreten ist. Es wäre jedoch nicht gerechtfertigt, demjenigen, der durch die unerlaubte Handlung einen Schaden erlitten hat, eine solche Belastung aufzuerlegen.

b. Fortdauernde unerlaubte Handlung

7/898 Dauert die unerlaubte Handlung an, so stellt sich die Frage, ab wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

---

258 OGH vom 16.11.1973, Minshû 27-10, 1374; OGH vom 22.4.2011, Kin'yû Hômu Jijô 1928, 119.
259 RGH vom 10.3.1920, Minroku 26, 280.
260 OGH vom 29.1.2002, Minshû 56-1, 218; OGH vom 21.11.2005, Minshû 59-9, 2258.

Dabei ist zwischen zwei Arten von Schäden zu unterscheiden[261].

(1) Fortdauernde Schädigung

Die eine ist dann gegeben, wenn der fortdauernd entstehende Schaden teilbar ist, wie etwa beim unberechtigten Besitz eines Grundstücks oder beim Entzug des Sonnenlichts. In diesem Fall ist es möglich, für die einzelnen Teilschäden jeweils gesondert Schadenersatz geltend zu machen, so dass jeden Tag ein neuer Schadenersatzanspruch entsteht, dessen Verjährungsfrist jeweils im Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt[262]. **7/899**

(2) Kumulative Schäden

Eine andere Form von Schaden liegt dann vor, wenn sich durch die fortdauernde schädigende Handlung Beeinträchtigungen kumulieren, die als ein einheitlicher Schaden aufzufassen sind, wie etwa Gesundheitsschäden durch Umweltverschmutzung, zB durch Lärm, Erschütterungen (Schwingungen), Luftverschmutzung oder Wasserverschmutzung. In diesem Fall entsteht ein einziger, alles umfassender Schadenersatzanspruch, so dass die Verjährung in dem Zeitpunkt der Beendigung der fortdauernden Schädigungshandlung oder im Zeitpunkt des Todes des Geschädigten zu laufen beginnt[263]. **7/900**

c. Folgeerkrankungen

Besteht nach einer Körperverletzung durch eine unerlaubte Handlung beim Geschädigten eine Folgeerkrankung fort oder tritt eine solche ein, so stellt sich die Frage, ab wann die Verjährung zu laufen beginnt. Hierbei ist zwischen folgenden zwei Fällen zu unterscheiden. **7/901**

(1) Fortdauernde Folgeerkrankung

Der erste Fall ist, dass die Folgeerkrankung seit der Verletzung durch die unerlaubte Handlung und auch nach Ablauf einer erheblichen Zeit ohne Besserung fortdauert. In diesem Fall stellt der Zeitpunkt, in dem die Diagnose gestellt wird, dass sich der Krankheitszustand verfestigt hat, den Zeitpunkt dar, in dem der **7/902**

---

261 Siehe *Fujioka,* Fuhô kôi ni yoru songai baishô seikyû-ken no shômetsu jikô [Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus Delikt], Hokudai Hôgaku Ronshû 27-2 (1976) 33, sowie ferner *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 650; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 446 f; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]4 185 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 290 f.

262 RGH vom 14.12.1940, Minshû 19, 2325.

263 *Maeda,* Minpô IV-2 (Fuhô kôi-hô) [Zivilrecht IV-2 (Recht der unerlaubten Handlungen)] 390; *Morishima,* Fuhô kôi-hô kôgi [Lehrbuch zum Recht der unerlaubten Handlung] 446 f; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 290; *Yoshimura,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung]4 185 f.

Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt. Denn zu diesem Zeitpunkt weiß der Geschädigte tatsächlich von der Existenz der Folgeerkrankung und hat damit ausreichend Kenntnis vom Eintritt des Schadens, um einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger geltend machen zu können[264].

(2) Später entstehende Folgeerkrankung

7/903 Der zweite Fall ist, dass eine erhebliche Zeit nach der Verletzung durch die unerlaubte Handlung eine Folgeerkrankung neu entsteht.

(i) Einheit der Erkrankung

7/904 Bildet dieser Schaden eine Einheit mit dem aus der unerlaubten Handlung früher entstandenen Schaden und war er damals bereits vorhersehbar, so ist er nicht als eigenständiger Schaden anzusehen. In diesem Fall beginnt die Verjährung daher im Zeitpunkt zu laufen, in dem der Geschädigte Kenntnis von dem zunächst entstandenen Schaden erlangt[265].

(ii) Eigenständige Folgeerkrankung

7/905 War die Folgeerkrankung jedoch im Zeitpunkt des Eintritts des ersten Schadens nicht vorhersehbar, so handelt es sich um einen eigenständigen Schaden.

aa. Grundregel

7/906 Nach der Rechtsprechung erlangt der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, sobald die Folgeerkrankung offensichtlich wird, so dass die Verjährung ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt[266]. Denn wenn die Folgeerkrankung offensichtlich wird, ist der aus dieser entstehende Schaden vorhersehbar und der Geschädigte ist somit in der Lage, einen Ersatzanspruch geltend zu machen; daher beginnt die Verjährung in diesem Zeitpunkt.

bb. Ausnahme

7/907 Werden jedoch Behandlungsmethoden erforderlich, die weder im Zeitpunkt der Verletzung noch bei Auftreten der Folgeerkrankung gewöhnlich vorhersehbar waren, und fallen dafür Kosten an, so läuft die Verjährungsfrist hinsichtlich der für die Behandlung notwendigen Kosten so lange nicht, bis der Geschädigte sich dieser Behandlung unterzieht[267]. Denn in diesem Fall kann bis zur tatsächlichen Behandlung eine Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs nicht erwartet werden.

264 OGH vom 24.12.2004, Hanrei Jihô 1887, 52.
265 OGH vom 18.7.1967, Minshû 21-6, 1559.
266 OGH vom 26.9.1974, Kôtsû Jiko Minji Saibanrei-Shû 7-5, 1233.
267 OGH vom 18.7.1967, Minshû 21-6, 1559.

II. Lange Frist nach Art 724 Satz 2 ZG

A. Zweck der langen Frist

1. Wesen der langen Frist

Es ist strittig, ob die lange Frist des Art 724 Satz 2 ZG eine Verjährungsfrist oder eine Ausschlussfrist darstellt. 7/908

a. Problematik

Je nachdem, ob man von einer Verjährungs- oder einer Ausschlussfrist ausgeht, kommt es zu folgenden Unterschieden. 7/909

(1) Verjährungsfrist

(i) Unterbrechung

Handelt es sich um eine Verjährungsfrist, so ist eine Unterbrechung der Verjährung möglich. 7/910

(ii) Geltendmachung

Die Verjährung kann von den Parteien geltend gemacht werden. Liegt jedoch ein Verstoß gegen Treu und Glauben oder ein Rechtsmissbrauch vor, so kann es dazu kommen, dass der Einwand nicht anerkannt wird. 7/911

(2) Ausschlussfrist

(i) Unterbrechung

Bei einer Ausschlussfrist ist keine Unterbrechung des Fristenlaufs möglich. 7/912

(ii) Geltendmachung

Ferner stellt sich bei einer Ausschlussfrist die Frage der Geltendmachung nicht, da das Recht bei Ablauf der Frist automatisch erlischt. 7/913

b. Verjährung

In der Lehre ist die Ansicht einflussreich, dass die lange Frist des Art 724 Satz 2 ZG eine Verjährungsfrist ist. Dies beruht auf folgenden Gedanken[268]. 7/914

268 *Uchiike,* Fuhô kôi sekinin no shômetsu jikô [Verjährung der Deliktshaftung] 128. Auch OG Fukuoka Zweigstelle Miyazaki vom 28.9.1984, Hanrei Jihô 1159, 108 (Vorinstanz zu OGH vom 21.12.1989 s unten FN 270) stützt sich auf diesen Gedanken.

(1) Wortlaut der Bestimmung

7/915 Art 724 Satz 1 ZG bestimme ausdrücklich, dass der Anspruch »verjährt«. In Satz 2 heißt es »das Gleiche gilt«. Daher sei es ganz selbstverständlich, auch Satz 2 als Verjährungsfrist zu verstehen.

(2) Entstehungsgeschichte

7/916 Bei der Ausarbeitung des ZG legte man eine Verjährungsfrist von 20 Jahren für alle Rechte mit Ausnahme des Eigentumsrechts fest. Die lange Frist in der Vorläuferbestimmung des Art 724 ZG beruhte auf einer sinngemäßen Anwendung dieser Vorschrift. Auch daraus ergebe sich, dass die 20 jährige Frist als Verjährungsfrist normiert wurde[269].

c. Ausschlussfrist

7/917 Die Rechtsprechung sieht hingegen die lange Frist des Art 724 Satz 2 ZG als Ausschlussfrist an[270].

(1) Gründe

7/918 Dies beruht auf folgenden Erwägungen.

(i) Zweck des Art 724 ZG

7/919 Da die dreijährige Verjährungsfrist gemäß Art 724 Satz 1 ZG auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger abstelle, beginne sie nicht zu laufen, solange der Geschädigte noch keine Kenntnis erlangt habe. Zweck des Art 724 Satz 2 ZG sei es daher, im Interesse einer raschen Klärung der rechtlichen Verhältnisse in Zusammenhang mit einer unerlaubten Handlung nach Ablauf von 20 Jahren ab dem Zeitpunkt der unerlaubten Handlung die Rechtsverhältnisse umfassend zu bestimmen.

(ii) Kein Erfordernis der Geltendmachung

7/920 Aus diesem Zeck ergebe sich, dass der Schadenersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung unabhängig von einer Geltendmachung durch die Parteien nach Ablauf von 20 Jahren zu erlöschen habe.

---

269 *Tokumoto,* Songai baishô sekyû-ken no jikô [Verjährung von Schadenersatzansprüchen], in: Hoshino (Hrsg), Minpô kôza 6 [Lehrbuch Zivilrecht Bd 6] 705 ff.

270 OGH vom 21.12.1989, Minshû 43-12, 2209.

(2) *Kritik*

Diese Position der Rechtsprechung wird jedoch heftig kritisiert[271]. Die wichtigsten Kritikpunkte sind folgende drei. **7/921**

(i) Zweifel an der Notwendigkeit einer raschen umfassenden Klärung

Der erste Kritikpunkt betrifft die Annahme, dass der Zweck des Art 724 ZG in einer raschen und umfassenden Klärung der Rechtsverhältnisse bestehe. Zumindest hinsichtlich der langen Frist von 20 Jahren ist es kaum möglich, den Sinn der Vorschrift in einer *raschen* Klärung der Rechtsverhältnisse zu sehen. **7/922**

(ii) Möglichkeit der Unterbrechung

Zweitens wird darauf verwiesen, dass eine Möglichkeit, den Fristenlauf zu unterbrechen, wohl notwendig ist. In der Regel besteht insofern kein Problem, da bei Vorliegen eines Unterbrechungsgrundes auch die dreijährige Verjährungsfrist unterbrochen ist. Sieht man die 20jährige Frist jedoch als Ausschlussfrist, so erlischt das Recht nach 20 Jahren, auch wenn die dreijährige Verjährungsfrist inzwischen durch Anerkennung unterbrochen wurde. **7/923**

(iii) Verstoß gegen Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauch

Drittens könnte es bei der Annahme einer Ausschlussfrist Probleme hinsichtlich eines Verstoßes gegen Treu und Glauben sowie bei Rechtsmissbrauch geben. Bei einer Ausschlussfrist können zwar die Parteien diese nicht geltend machen, aber ein Vorbringen, dass die Ausschlussfrist abgelaufen sei, ist durchaus möglich. Es ist denkbar, dass die Auslegung von Art 724 ZG ergibt, dass ein Erlöschen des Rechts aufgrund des Ablaufs der Ausschlussfrist gegen Treu und Glauben verstößt und damit nicht anzuerkennen ist. Es besteht kein Grund, eine solche Möglichkeit auszuschließen, zumal bereits Zweifel am Gebot der raschen und umfassenden Klärung der Rechtsverhältnisse selbst bestehen[272]. **7/924**

2. Möglichkeit der Hemmung des Fristenlaufs

a. Problematik

Wird der Rechtsinhaber daran gehindert, eine Handlung auszuüben, die den Fristenlauf der Verjährung unterbrechen würde, so tritt noch keine Verjährung ein, selbst wenn die Frist abgelaufen ist, vielmehr erst dann, wenn dieses Hindernis wegfällt und eine bestimmte Zeitspanne seither vergangen ist (Art 158–161 ZG). Fraglich ist jedoch, ob eine derartige Hemmung auch für Ausschlussfristen gilt. **7/925**

---

271 *Matsumoto,* Jikô to seigi [Verjährung und Gerechtigkeit] (2002) 387.
272 *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 296 f.

b. Ablehnung der Hemmung

7/926 Nach einer Ansicht kann es bei einer Ausschlussfrist keine Hemmung geben, da diese den Zeitraum für die Ausübung eines Rechts umfassend beschränkt.

c. Befürwortung der Hemmung

7/927 Die Rechtsprechung geht hingegen auch bei Ausschlussfristen von der Möglichkeit einer Hemmung aus[273]. Dies beruht auf folgenden Gründen.

(1) Unmöglichkeit der Rechtsausübung

7/928 Die Rechtsausübung werde allein aufgrund des Zeitablaufs von 20 Jahren nicht mehr zugelassen, obwohl der Geschädigte gar nicht in der Lage sei, das Recht auszuüben.

(2) Ungerechtfertigte Entlastung des Schadensverursachers

7/929 Es stelle jedoch einen groben Verstoß gegen den Gedanken der Gerechtigkeit dar, wenn der Schädiger, der die Ursache dafür gesetzt hat, dass der Schädiger sein Recht nicht ausüben kann, durch den Ablauf von 20 Jahren von der Schadenersatzhaftung befreit wird.

(3) Gleichwertigkeit mit der Verjährung

7/930 Ebenso wie bei der Verjährung sei in diesem Fall daher der Geschädigte zu schützen, so dass eine Beschränkung der Wirkungen des Art 724 Satz 2 ZG dem Gebot der Gerechtigkeit entspreche.

B. Beginn der langen Frist

7/931 Die lange Frist beginnt im Zeitpunkt der Begehung der unerlaubten Handlung zu laufen. Strittig ist, was dies bedeutet.

1. Zeitpunkt der schädigenden Handlung

7/932 Wenn man vom Wortlaut der Bestimmung ausgeht, so ist der »Zeitpunkt der Begehung der unerlaubten Handlung« jener Zeitpunkt, in dem die schädigende Handlung gesetzt wurde[274].

---

273 OGH vom 6.12.1998, Minshû 52-4, 1087; OGH vom 28.4.2009, Hanrei Jihô 2046, 70.

274 *Suekawa,* Kenri shingai to kenri ran'yô [Rechtsverletzung und Rechtsmissbrauch] 665 f.

2. Zeitpunkt des Schadenseintritts

Die Rechtsprechung sieht jedoch den Zeitpunkt des Eintritts des gesamten oder eines Teils des Schadens als Beginn an, wenn der Schaden nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne seit Beendigung der schädigenden Handlung eingetreten ist[275]. **7/933**

a. Beispiele

Dies erlangt erstens dann Bedeutung, wenn der Schaden durch einen gesundheitsschädlichen Stoff verursacht wird, der im Körper gespeichert wird, und zweitens in Fällen, in denen der durch eine Krankheit verursachte Schaden erst nach Ablauf einer bestimmten Inkubationszeit auftritt. **7/934**

b. Begründung

Dies wird wie folgt begründet. **7/935**

(1) Unmöglichkeit der Rechtsausübung

Würde man in diesen Fällen zulassen, dass die Frist möglicherweise abläuft, bevor der Schaden überhaupt entstanden ist, so könnte es dazu kommen, dass dem Geschädigten die Rechtsausübung versagt wird, obwohl er tatsächlich sein Recht gar nicht ausüben konnte. **7/936**

(2) Vorhersehbarkeit seitens des Schädigers

Ferner muss der Schädiger angesichts der Art des Schadens, den er durch seine Handlung verursacht hat, davon ausgehen, dass vom Geschädigten erst nach Ablauf einer angemessenen Frist Schadenersatz gefordert wird. **7/937**

275 OGH vom 27.4.2004, Minshû 58-4, 1032; OGH vom 27.4.2004, Hanrei Jihô 1860, 152; OGH vom 15.10.2004, 58-7, 1802; OGH vom 16.6.2006, Minshû 60-5, 1997. Auch *Shinomiya,* Fuhô kôi [Unerlaubte Handlung] 651; *Hirai,* Saiken kakuron II Fuhô kôi [Schuldrecht Besonderer Teil II Unerlaubte Handlung] 170; *Shiomi,* Fuhô kôi-hô [Recht der unerlaubten Handlung] 299, gehen vom Zeitpunkt des Schadenseintritts aus.

Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen

Helmut Koziol

Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen

Kapitel 8

Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen

HELMUT KOZIOL

Vorbemerkungen

Im Vorwort zu »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« kündigte ich an, dass die Darstellungen der Repräsentanten der anderen Rechtsordnungen eine wichtige Rolle bei der Abfassung der Schlussbemerkungen spielen werden. Ich habe ferner hervorgehoben, dass die Schlussbemerkungen trachten werden, Antworten auf einige Grundfragen des Schadenersatzrechts zu geben und damit – neben der Anregung zu weltweiten weiterführenden Diskussionen – der Versuch gewagt werden soll, mögliche Antworten auf Grundfragen aufzuzeigen, die auf rechtsvergleichenden Untersuchungen aufbauen, um damit Anregungen für die künftige Entwicklung des europäischen Schadenersatzrechts zu geben. **8/1**

Die Anregungen richten sich auch an die nationalen Gesetzgeber, Gerichte und Rechtswissenschaftler[1], aber vor allem an die Europäische Union zur Unterstützung ihrer Bemühungen um die *Harmonisierung* oder sogar Vereinheitlichung des europäischen Schadenersatzrechts. Damit wird die vorgelagerte Frage des Bedarfs und der Durchführbarkeit einer Harmonisierung angesprochen. Die Berichte der Repräsentanten der nationalen Rechtsordnungen gewährten auch interessante Einblicke, die für die Beantwortung dieser zweifelnden Fragen hilfreich sein können. Es ist deshalb zweckmäßig, auf diese Fragen näher einzugehen und auch damit die Bedeutung dieses Projektes aufzuzeigen. **8/2**

1 Die Möglichkeit einer »sanften Harmonisierung« von innen durch die Beeinflussung der nationalen Gesetzgeber, Gerichte und Wissenschaftler wird von *G. Wagner,* The Project of Harmonizing European Tort Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2005 (2006) 651, 670 ff betont.

I. Notwendigkeit der Harmonisierung des europäischen Schadenersatzrechts?[2]

8/3 Der Ruf nach Harmonisierung des Privatrechts und damit unter anderem auch des Gebietes des Schadenersatzrechts ist oft zu hören und einige Gruppen von Rechtswissenschaftlern haben auch schon Entwürfe für ein zukünftiges Schadenersatzrecht als Teil einer Gesamtkodifikation[3] oder als selbständiges Regelwerk[4] ausgearbeitet. Aber es liegt wohl die Frage auf der Zunge, ob die Harmonisierung wirklich notwendig ist oder zumindest Vorteile bringt[5]. Diesbezügliche Zweifel scheinen bei einem Blick auf die USA angebracht: Diese sind ein Staat und nicht wie die EU bloß eine mehr oder weniger lose Vereinigung von Nationalstaaten, und dennoch bestehen in den USA neben dem Bundesrecht 50 unterschiedliche einzelstaatliche Rechtsordnungen. Man muss jedoch berücksichtigen, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedsländer der EU wesentlich *unterschiedlicher* sind als die Rechtsordnungen der Teilstaaten der USA. Innerhalb der EU bestehen nicht nur die ganz grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem common law, vor allem in England sowie Irland, und den kontinentalen Zivilrechtsordnungen, sondern überdies auch die erheblichen Abweichungen zwischen den kontinentalen Rechtsordnungen, etwa betreffend die Begriffe »Verschulden« oder »Rechtswidrigkeit«, die Gefährdungshaftung und die Gehilfenhaftung, den Ersatz ideeller Schäden oder die Verjährung der Ersatzansprüche. Die Mitgliedsländer der EU waren eben Jahrhunderte hindurch unabhängige Staaten und daher haben sich die Rechtskulturen doch sehr unterschiedlich entwickelt, auch wenn alle ursprünglich teilweise auf dem römischen Recht aufgebaut haben[6]. Diese Unterschiedlichkeit ist selbstverständlich jedenfalls zwischen den »Rechtsfamilien« gegeben, etwa der deutschen, der skandinavischen und der romanischen. Aber sogar innerhalb der Rechtsordnungen der deutschsprachigen Länder bestehen entscheidende Unterschiede.

---

2 Siehe zum Folgenden *Wagner* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 651 ff; *Koziol,* Harmonizing Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties, ELTE Law Journal 2013, 73 ff.

3 *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (2009).

4 *European Group on Tort Law* (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005), zitiert *EGTL,* Principles.

5 Diese Frage wurde vor allem im Zusammenhang mit dem Schadenersatzrecht schon oft gestellt, siehe zB *Magnus,* Europa und sein Deliktsrecht – Gründe für und wider die Vereinheitlichung des ausservertraglichen Haftungsrechts, in: Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 221; *Wagner* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 651 ff.

6 Vgl *Zimmermann,* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996); *derselbe,* Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, Juristische Blätter (JBl) 1998, 273; *derselbe,* Europa und das römische Recht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 202 (2002) 243 ff.

Bedenkt man dies, so erscheint die gewichtigste Rechtfertigung der Harmonisierung durchaus verständlich, nämlich dass durch die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen der *grenzüberschreitende Handel* in Europa erheblich beeinträchtigt wird[7]: Unternehmer, die ihre Waren oder Dienstleistungen in anderen Mitgliedsländern anbieten, werden gegenüber rein national agierenden Konkurrenten benachteiligt. Während sich nämlich die innerstaatlichen Anbieter ausschließlich über die rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Rechtsordnung informieren müssen, ist der ausländische Anbieter gezwungen, sich über eine von seinem Heimatrecht abweichende Rechtsordnung zu informieren und sich an diese zu halten. Hierdurch entstehen Transaktionskosten, die sich insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen als Marktzutrittsschranke erweisen können. Unterschiedlich strenge Haftungsregelungen können darüber hinaus nicht nur eine den Marktzugang beschränkende, sondern zugleich den Wettbewerb verfälschende Wirkung haben, da die Haftungsbedingungen im Herkunftsland die Kostenkalkulation beeinflussen. Wirtschaftsfernere Bereiche – beispielsweise die Haftung der Eltern für ihre Kinder oder der Tierhalter – führen zwar nicht zu direkten Wettbewerbsverzerrungen. Dennoch weisen auch diese Materien mittelbar über das Haftpflichtversicherungswesen Bezüge zum Binnenmarkt auf. **8/4**

Aber auch in rein *schadenersatzrechtlichen* Fällen spielen die Unterschiede der Rechtsordnungen im täglichen Leben eine erhebliche Rolle. Nehmen wir als Beispiel einen Verkehrsunfall an, der sich im Grenzbereich von Österreich und Deutschland ereignet, und an dem ein belgisches und ein deutsches Ehepaar beteiligt sind; die beiden Fahrer werden verletzt und deren Ehepartner getötet. Ob nun die Unfallstelle gerade noch in Österreich oder schon in Deutschland liegt, kann höchst bedeutsam sein, weil grundsätzlich das Recht des Unfallortes anzuwenden ist[8] und von diesem die Voraussetzungen von Ersatzansprüchen sowie deren Inhalt und Umfang abhängen. Das kann relevant sein, da – worauf unten noch einzugehen ist (Rz 8/266) – manchen Rechtsordnungen eine verschuldensunabhängige und daher strikte Gefährdungshaftung für Kraftfahrzeuge unbekannt ist und ferner nicht nur Unterschiede bezüglich der Ersatz-Höchstbeträge, sondern schon bezüglich der ersatzfähigen Schäden bestehen. Die von den nationalen Rechtsordnungen gewährten Ansprüche auf Ersatz der durch die Körperverletzung oder Tötung entstehenden Vermögensschäden, wie Heilungskosten, Verdienstentgang und sonstige Folgekosten, aber auch und in noch stärkerem Ausmaß die Ansprüche auf Ausgleich der dem Verletzten oder den Hinterbliebenen entstandenen **8/5**

7 Vgl *von Bar,* Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, in: Europäisches Parlament PE 168.511, abrufbar auf <http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_de.pdf.>

8 Art 3 Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht; Art 4 Rom II-Verordnung.

ideellen Nachteile weisen gravierende Unterschiede auf[9]. In vielen europäischen Staaten (zB in Österreich, Belgien, Frankreich) steht Personen, die einen nahen Angehörigen bei einem Verkehrsunfall verloren haben, ein eigener Schmerzengeldanspruch zu, der auf Ersatz des durch den Tod entstandenen Leides gerichtet ist; auf eine eigene Gesundheitsbeeinträchtigung (zB Schock durch die Todesnachricht) kommt es dabei nicht an. In mehreren anderen Mitgliedstaaten der EU (zB Deutschland oder den Niederlanden) wird hingegen ein solches Angehörigenschmerzensgeld nicht zuerkannt. Das kann zu ganz unterschiedlichen Schmerzensgeldbeträgen für die eigene Verletzung führen, aber auch dazu, dass ein Beteiligter für den Verlust seiner Frau einen Ersatz bekommt, den er zu Hause nie erlangt hätte; oder umgekehrt, einen Ersatzanspruch nicht geltend machen kann, der ihm nach dem heimatlichen Recht selbstverständlich gebührte.

8/6 Aber nicht nur in so alltäglichen Ereignissen wie Verkehrsunfällen werden die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen spürbar: Die Intensivierung der wirtschaftlichen, beruflichen und persönlichen Kontakte in der Europäischen Union führt immer häufiger dazu, dass Bewohner oder Unternehmen eines Mitgliedslandes den Normen eines anderen Mitgliedslandes unterworfen werden, weil sie sich in diesem aufhalten, dort tätig werden oder in dieses »hinüber wirken«, sei es durch die Lieferung von Waren, Anlagen oder Massenmedien. Die Beurteilung einer Schädigung nach einer anderen Rechtsordnung kann in vielfältiger Weise zu nicht einkalkulierten Rechtsfolgen führen, da – wie sich schon aus den Berichten über die einzelnen Rechtsordnungen ergibt – ganz erhebliche Unterschiede bei den Anspruchsvoraussetzungen und den Rechtsfolgen bestehen, die sich aus grundlegend unterschiedlichen Wertungen im Schadenersatzrecht, aber auch im Zusammenwirken mit anderen Normen, wie dem Versicherungs- und Sozialversicherungsrecht, ergeben können.

8/7 Da bei Schadensfällen mit Auslandsberührung somit die Frage des *anzuwendenden Rechts* von erheblicher Bedeutung ist, verhindern die häufigen Meinungsverschiedenheiten über die international-privatrechtliche Anknüpfung oft eine einvernehmliche Beilegung des Streitfalles und verursachen damit erhebliche Prozesskosten. Eine Harmonisierung des europäischen Haftungsrechts könnte daher zu einer spürbaren Verringerung der Rechtsstreitigkeiten und damit der Folgekosten von Schadensfällen mit internationalem Bezug führen. Schließlich ist auch zu beachten, dass es bei den europäischen Bürgern – die dazu ermuntert werden, sich in der Europäischen Union frei zu bewegen – nicht auf Verständnis stößt, dass sie bei Verkehrsunfällen höchst unterschiedlich behandelt werden, je nach dem, wo sich der Unfall ereignet und welche Rechtsordnung anwendbar ist.

9 Siehe ausführlicher *W. V. H. Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001); *B. A. Koch/Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003).

Bedenkt man all die negativen Aspekte, die in internationalen Schadensfällen mit dem Bestehen vieler unterschiedlicher Rechtsordnungen verbunden sind, so liegt es nahe, von einem einheitlichen Recht in der Europäischen Union zu träumen[10]. Das ist derzeit sicherlich noch ein Traum, der aber doch wenigstens teilweise realisierbar erscheint, insbesondere für das Vertragsrecht[11], vielleicht auch für das Schadenersatzrecht[12]. Es stellt sich aber auch noch die Frage, ob es sich um einen Glückstraum oder einen Albtraum handelt. **8/8**

II. Der heutige unbefriedigende Zustand

Die Europäische Union treibt die Vereinheitlichung oder zumindest die Harmonisierung des Privatrechts der Mitgliedstaaten schon voran, nämlich durch *Richtlinien* und *Verordnungen,* und zwar nicht nur im Bereich des Vertragsrechts[13], sondern auch bis zu einem gewissen Grad im Schadenersatzrecht; das bedeutendste Beispiel im letztgenannten Bereich ist die Produkthaftungs-Richtlinie[14]. **8/9**

Ferner trägt die *Rechtsprechung* des Europäischen Gerichtshofs zur Vereinheitlichung bei und manchmal schafft der EuGH auch – wie ein Gesetzgeber agierend – völlig neue Regeln. Das aufsehenerregendste Beispiel bietet die Entwicklung einer **8/10**

10 Dazu – teilweise auf Englisch, teilweise auf Deutsch – *Faure/Koziol/Puntscher-Riekmann,* Vereintes Europa – Vereinheitlichtes Recht. Die Rechtsvereinheitlichung aus politikwissenschaftlicher, rechtsökonomischer und privatrechtlicher Sicht (2008); ferner *Spier,* The European Group on Tort Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003) 541; *Faure,* How Law and Economics may Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe, in: Zimmermann (Hrsg), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (2003) 31. Zur Bedeutung und zu den unterschiedlichen Methoden der Harmonisierung, vor allem im Vertragsrecht, siehe den Aufsatz von *Kadner,* Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen? Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2005, 523; *Grundmann,* The Future of Contract Law, European Review of Contract Law (ERCL) 2011, 490; *Magnus,* Harmonization and Unification of Law by the Means of General Principles, in: Fogt (Hrsg), Unification and Harmonization of International Commercial Law (2012) 161; *Gomez/Ganuza,* An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?, ERCL 2011, 275.

11 Siehe insbesondere die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11. 7. 2001, KOM (2001) 398 endg., ABl Nr C 255 vom 13. 9. 2001, 1–44.

12 Es liegen bereits zwei Vorschläge für ein künftiges Europäisches Schadenersatzrecht vor, einer von der European Group on Tort Law (EGTL), die mit dem Europäischen Zentrum für Schadenersatz- und Versicherungsrecht (ECTIL) und dem Institut für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ETL) zusammenarbeitet, und einer von der Study Group on a European Civil Code (SGECC).

13 Siehe dazu jüngst den Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.; ferner zB Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher [2011] ABl L 304/64.

14 Richtlinie 85/374/EEC.

Staatshaftung: Verbrauchern wird dadurch zum Beispiel ein Anspruch gegen den Staat eingeräumt, wenn dieser EU-Richtlinien, die den Schutz der Verbraucher bezwecken, nicht ordnungsgemäß umsetzt und ein Verbraucher dadurch einen Nachteil erleidet. Das führt dazu, dass der Staat sogar für Gesetzgebungsakte des Parlaments einzustehen hat – eine Haftung, die in den Mitgliedsländern vorher nahezu unbekannt war[15].

8/11 Nicht zuletzt haben in den letzten Jahren *Rechtswissenschaftler* und *Richter* im Stillen zur Harmonisierung des europäischen Privatrechts beigetragen[16].

8/12 Als Realist muss man daher zur Kenntnis nehmen, dass die Frage nicht länger lautet, ob wir die Harmonisierung in der EU wünschen: Diese ist schon eine nicht zu leugnende Tatsache und wir haben uns mit dieser Entwicklung abzufinden. Zu entscheiden ist daher nicht mehr, ob eine Harmonisierung erfolgen soll, sondern lediglich noch, *wie* sie durchzuführen ist[17].

8/13 Zieht man eine Bilanz der bisherigen Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, so fällt diese leider recht negativ aus: Die einschlägigen Richtlinien und Verordnungen der EU betreffen jeweils nur eng umgrenzte Bereiche[18]. Die *punktuelle Rechtsangleichung* führt zu einer doppelten Rechtszersplitterung[19]: Einerseits werden nicht nur die sehr unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen mit ihnen oft fremdartigen Regelungen durchsetzt, sondern es beruhen andererseits auch die Richtlinien und Verordnungen der EU nicht auf einem schlüssigen, konsequenten *Gesamtkonzept,* so dass sie miteinander in Widerspruch geraten. Jede Richtlinie der Europäischen Union ist ein Kompromiss zwischen den unterschiedlichen nationalen Standpunkten und das Ergebnis hängt davon ab, wie erfolgreich nationale Interessen durchgesetzt werden und ferner auch von der Nationalität und Persönlichkeit der Kommissionsmitglieder und davon, die Lösung welchen Rechtssystems die Oberhand gewinnt – ohne Rücksicht

15 Dazu ausführlicher *Tichý* (Hrsg), Odpovědnost státu za legislativní újmu. Staatshaftung für legislatives Unrecht (2012).

16 *L. Miller,* The notion of a European private law and a softer side to harmonisation, in: Lobban/Moses (Hrsg), The Impact of Ideas on Legal Development (2012) 265 ff.

17 Dazu und zum Folgenden ausführlicher *Koziol,* Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example, Journal of Tort Law 2007, 4 ff.

18 Beispielsweise betonen die Unteruchungen von *Koziol/Schulze,* Conclusio, in: Koziol/Schulze (Hrsg), Tort Law of the European Community (2008) Rz 23/39 ff, dass auch schadenersatzrechtliche Regelungen des Gemeinschaftsrechts auf konzeptioneller Ebene nicht viel gemein haben und lediglich als Rechtsbehelf für das effektive Funktionieren der Gemeinschaft in isolierten Bereichen geschaffen wurden.

19 Vgl zB, *Hommelhoff,* Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992) 102; *Koziol,* Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum, JBl 2001, 29; *Schwartz,* Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, ZEuP 1994, 570; *Smits/Letto-Vanamo,* Introduction, in: Letto-Vanamo/Smits (Hrsg), Coherence and Fragmentation in European Private Law (2012) 3 ff; *Zimmermann,* Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung (2006) 13.

auf ein schlüssiges allgemeines Grundkonzept. Ein solches besteht derzeit leider noch nicht, doch wäre dessen Schaffung eine unbedingte Notwendigkeit, wenn ein Rechtssystem angestrebt wird, das die Idee der Gleichbehandlung und damit der Gerechtigkeit verwirklicht. Diese punktuelle, für die Rechtsvereinheitlichung höchst ungeeignete Vorgangsweise dürfte wohl durch den Einfluss des common law gefördert worden sein, da man in dessen Geltungsbereich daran gewöhnt ist, von Fall zu Fall zu entscheiden, ohne in ausreichendem Maße andere Fälle im Voraus in die Überlegungen einzubeziehen und damit auch ohne an ein schlüssiges Gesamtsystem überhaupt zu denken[20]. Charakteristisch für diese Denkweise sind die einleitenden Ausführungen von *Green/Cardi*[21]*:* »Gerichte ›schaffen‹ also Recht, indem sie Fallentscheidungen auf nachfolgende Fälle anwenden. Gerichte dürfen nur den ihnen vorliegenden Sachverhalt beurteilen und im Unterschied zum Gesetzgeber nicht allgemeines und zukünftiges Recht erzeugen. Wenn ein Gericht beispielsweise statt der ›contributory negligence‹ das Konzept der ›comparative negligence‹ anwendet, wird es sich nicht auch den vielen daraus entstehenden Fragestellungen zuwenden; diese werden dann behandelt, wenn die Gerichte in künftigen Fällen damit befasst werden.« Gehen nicht nur die Gerichte bei Einzelfallentscheidungen, sondern auch die Normsetzer in entsprechender Weise vor, so ist ein konsistentes und damit gerechtes Gesamtsystem schwerlich zu erreichen, insbesondere dann nicht, wenn es um die Harmonisierung von Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Rechtskulturen und abweichenden Lösungen von Grundfragen geht.

Diese Kritik kann in objektiv nachvollziehbarer Weise am Beispiel der *Produkthaftungs-Richtlinie* – dem derzeit bedeutendsten Beispiel der Rechtsangleichung im Gebiet des Schadenersatzrechts – veranschaulicht werden. Durch diese Richtlinie wird den Unternehmern eine strenge, verschuldensunabhängige Haftung für Schäden auferlegt, die durch mangelhafte Erzeugnisse verursacht wurden. Es bleibt jedoch völlig offen, welche Gründe für die Einführung einer derartigen Haftung sprechen und wie sie sich in ein Gesamtkonzept einfügt, das umfassend die Haftung von Unternehmern bedenkt. Es fragt sich daher etwa, warum nicht auch Dienstleistungen erfasst sind und wie sich diese Haftung zu den in vielen Rechtsordnungen anerkannten Gefährdungshaftungen verhält. Ferner: ist es wirklich sachgerecht, dass der Tischler einer strengen, verschuldensunabhängigen Haftung unterworfen wird, wenn die von ihm gezimmerte Stehleiter zusammenbricht, da die Leiter eine bewegliche Sache ist, nicht hingegen jener Unternehmer, der eine eingestürzte Brücke konstruierte, weil die Brücke eine unbewegliche Sache ist? **8/14**

Außerhalb des Bereiches der Richtlinien und Verordnungen wird das Fehlen eines Gesamtkonzepts auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Euro- **8/15**

20 Siehe dazu auch unten Rz 8/108 f und 140.

21 *Green/Cardi,* USA Rz 6/1.

päischen Union spürbar. Ein eindrucksvolles schadenersatzrechtliches Beispiel bietet die Rechtsprechung betreffend die *Haftung der Mitgliedstaaten* bei Verletzung von EU-Recht[22]. Der Europäische Gerichtshof führte eine Erfolgshaftung ein, die unabhängig von einem Fehlverhalten des Staates ist. Eine derartige Haftung gerät in Widerspruch mit den Rechtsordnungen nahezu aller Mitgliedstaaten. Überdies entwickelt der Gerichtshof sehr eigenartige Ansichten bezüglich der Kausalität, die nicht mit den meisten nationalen Rechtsordnungen in Einklang gebracht werden können.

8/16 Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Verfasser der EU-Richtlinien und Verordnungen, aber auch der Europäische Gerichtshof bedauerliche Unkenntnisse betreffend die grundlegenden Funktionen, Voraussetzungen, Zwecke und Rechtsfolgen der einzelnen Rechtsinstrumente und deren Zusammenspiel erkennen lassen. Damit hängt auch das schwindende Bewusstsein zusammen, dass *bestimmte Rechtsfolgen bestimmte angemessene Voraussetzungen* erfordern. Ein Beispiel: Nach Art 75 der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EC hat der Zahlungsdienstleister des Überweisenden diesem im Haftungsfall den Betrag des nicht durchgeführten Überweisungsauftrags zu erstatten. Obwohl der Wortlaut den Eindruck vermittelt, dass es um eine schadenersatzrechtliche Haftung geht, setzt diese erstaunlicherweise kein Verschulden voraus. Das könnte letztlich damit gerechtfertigt werden, dass es sich in der Sache um eine Verpflichtung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung handelt. Aber wenn davon ausgegangen wird, erscheint es wiederum nicht sachgerecht, dass nach Art 78 bei außergewöhnlichen und unvorhersehbaren Ereignissen außerhalb des Einflussbereichs des Zahlungsdienstleisters keinerlei Haftung besteht. Derartige Entlastungsgründe sind nur dann sachgerecht, wenn es um eine – deliktische oder vertragliche – schadenersatzrechtliche Verpflichtung geht, nicht hingegen bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung: unabhängig davon, aus welchen Gründen die Erfüllung des Überweisungsauftrags unterblieb, gibt es keine Rechtfertigung dafür, dass der Zahlungsdienstleister den Betrag behalten darf, den er überweisen hätte sollen.

8/17 Ein anderes Beispiel bietet der Europäische Gerichtshof: Nach dem jüngst ergangenen Urteil in den Rechtssachen *Gebr. Weber* und *Putz* umfassen im Falle der Lieferung mangelhafter Ware die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche eines Verbrauchers auch die Kosten des Ausbaus der mangelhaften und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Sache; sonstige Mangelfolgeschäden des Erwerbers sind jedoch auch nach Ansicht des EuGH von der Gewährleistung

22 Ausführlicher *Koziol,* Staatshaftung für die Nichtbeachtung von EU-Recht. Einige kritische Punkte, in: Tichý (Hrsg), Staatshaftung für legislatives Unrecht 150 ff; *Schoisswohl,* Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung (2002) 273 ff; *Tietjen,* Das System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts: Eine Darstellung der Haftungsdogmatik vor dem Hintergrund der dynamischen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (2010); *Dörr* (Hrsg), Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht (2013).

nicht gedeckt. Da es bei den Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau des Ersatzgegenstandes nicht mehr um einen Teil der im Äquivalenzverhältnis stehenden Leistungen geht, ist es schon vom Grundgedanken her verfehlt, derartige Kosten von den Gewährleistungsrechten erfassen zu lassen, da diese auf die Herstellung des von den Parteien angestrebten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet sind[23]. Es geht nicht um die Erbringung der versprochenen Leistung selbst, sondern um die Tragung von Folgeschäden, die erst durch die mangelhafte Leistung ausgelöst wurden, und daher gibt es keinen ausreichenden Grund, die Schadenstragung ohne Rücksicht auf jegliche Zurechnungsgründe, insbesondere des Verschuldens, dem Händler aufzuerlegen. Es ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Einräumung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten, also von Mangelfolgeschäden, ein Grundanliegen unserer Rechtsordnung massiv missachtet, und zwar jenes, dass die Rechtsfolgen und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen müssen: Dies ist eine der Voraussetzungen für ein konsistentes, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und damit dem fundamentalen Gedanken der Gerechtigkeit entsprechendes Gesamtsystem[24]. Die Rechtsprechung des EuGH führt darüber hinaus auch insofern zu einem unauflösbaren Wertungswiderspruch, als sie eine verschuldensunabhängige Haftung nur für die Aus- und Einbaukosten vorsieht, nicht jedoch für alle anderen Mangelfolgeschäden, wie beispielsweise jene Nachteile, die bis zur Behebung des Mangels durch die Unbenützbarkeit der gelieferten Ware oder jener Sachen entstehen, in die die mangelhafte Ware eingebaut wurde. Für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Mangelfolgeschäden, die schwerwiegende Folgen nach sich zieht, sind jedenfalls keine überzeugenden Anhaltspunkte zu finden.

Zu all dem kommt die sehr häufig *beklagenswerte Qualität* der Richtlinien und Verordnungen, aber auch der Urteile[25] hinzu: die einzelnen Bestimmungen beruhen häufig auf keinem überzeugenden Grundgedanken und ihr Konzept ist unverständlich. Dies kann wiederum am Beispiel der Produkthaftungs-Richtlinie veranschaulicht werden. Nach den einleitenden Erwägungen sollte die Haftung des Unternehmers nur bei fehlerhaften Erzeugnissen eingreifen, die industriell gefertigt wurden. Dahinter stand der Gedanke, dass die industrielle Massenfertigung eine besondere Gefahr mit sich bringt, nämlich das unvermeidliche Risiko der Auslieferung fehlerhafter Produkte; gedacht wurde somit an das Problem der sogenannten Ausreißer. Das kann in der Sache damit gerechtfertigt werden, **8/18**

23 Dazu *F. Bydlinski,* System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) 181 f; vgl auch *Hassemer,* Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen (2007) 271 ff.

24 Siehe *Koziol,* Basic Questions I Rz 2/95.

25 *Lorenz,* Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2011, 2042, hat das Niveau der Entscheidung EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/ 09 *(Gebr. Weber)* und C-87/ 09 *(Putz)* als erschreckend bezeichnet.

dass trotz aller zumutbaren Sorgfalt bei der industriellen Fertigung weder die ausnahmslose Fehlerfreiheit der Produkte erreichbar ist, noch durch Kontrollen vermieden werden kann, dass fehlerhafte Erzeugnisse in den Verkehr gelangen. Allerdings könnten diese Gründe nicht die strenge Haftung für Konstruktionsfehler rechtfertigen. Noch bedenklicher ist allerdings, dass die in Kraft getretene Richtlinie die für die strenge, verschuldensunabhängige Haftung angeführten Gründe nicht im Geringsten berücksichtigt und auch die fehlerhaften Erzeugnisse von Handwerkern, Gastwirten, Bauern und Künstlern erfasst. Es ist höchst problematisch, dass ein großer Teil der Bestimmungen der Richtlinie in klarem Widerspruch zu der einzigen zutreffenden Begründung steht, die zu Beginn der Arbeiten an der Richtlinie hervorgehoben wurde. Der Normsetzer hat auch niemals versucht, die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der strengen Haftung zu rechtfertigen und es erscheint auch schwierig, eine Begründung für eine derart breite und strenge Haftung zu finden – zumindest konnte bisher niemand eine überzeugende Begründung liefern.

8/19 Die aufgezeigten Mängel und Widersprüche führen dazu, dass sich die europäischen Rechtsordnungen immer weiter von einem dogmatisch durchdachten, in sich geschlossenen System, das Gleiches gleich sowie Ungleiches ungleich behandelt, entfernen. *Pierre Widmer*[26] hat daher zutreffend festgestellt: »Dem bisherigen europäischen Haftungsrecht fehlt es noch sehr viel mehr als unseren nationalen Ordnungen an Kohärenz und an einer einigermaßen erkennbaren Struktur; man kann zur Zeit noch nicht einmal von einem Torso sprechen. Es fehlt auch ein für den weiteren Ausbau tragfähiges Konzept.« Daher entsprechen die Rechtsordnungen immer weniger der *Grundidee der Gerechtigkeit,* nämlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

III. Wie sollte vorgegangen werden?

8/20 Einige Unzulänglichkeiten könnten selbstverständlich schon allein dadurch vermieden werden, dass die Ausarbeitung der Richtlinien, Verordnungen und Urteile weniger überhastet und sorgfältiger erfolgt. Aber die Harmonisierung und Vereinheitlichung ist ohne Zweifel schwierig und bereitet darüber hinausgehende grundsätzliche Schwierigkeiten[27]: Die nationale Rechtsordnung ist Bestandteil

---

26 *P. Widmer,* Die Vereinheitlichung des europäischen Schadenersatzrechts aus der Sicht eines Kontinentaleuropäers, Revue Hellénique de Droit International 52 (1999) 99.

27 Siehe dazu *Wagner* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 656 ff; *Koziol,* Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene aus privatrechtlicher Sicht, in: Faure/Koziol/Puntscher-Riekmann, Vereintes Europa – Vereinheitlichtes Recht 50 ff; *Grigoleit,* Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 210 (2010) 363 ff; *W. Doralt,* Strukturelle

der althergebrachten Kultur jedes Volkes und bestimmt das gesellschaftliche Leben des Landes. Eine gesamteuropäische Kodifikation, aber auch jede Vereinheitlichung oder Harmonisierung von Teilgebieten, kann zu einer gravierenden Abweichung vom Althergebrachten führen, obwohl – wie schon früher erwähnt – Teile der europäischen Rechtsordnungen, insbesondere das Obligationenrecht, durch das römische Recht geprägt sind und daher teilweise einander entsprechen. Da sich jedoch die zahlreichen europäischen Rechtssysteme jahrhundertelang unabhängig voneinander fortentwickelten, müssen doch recht unterschiedliche Kulturen und Denkgewohnheiten miteinander in Einklang gebracht werden. Der Weg zum Ziel eines *allgemeinen, schlüssigen Konzepts* für die Harmonisierung des europäischen Privatrechts wird daher zeitraubend, anstrengend und schwierig sowie oft frustrierend sein. Dieses Konzept ist jedoch dringend erforderlich, weil jede Gemeinschaft ein gerechtes und funktionierendes Rechtssystem benötigt. Es sollte aber jedenfalls wegen der derzeitigen Unzulänglichkeiten die Europäische Gemeinschaft nicht insgesamt abgelehnt oder die gegebene Situation und die Schwierigkeiten nur beklagt werden, sondern versucht werden, die Europäische Union voranzutreiben, den Harmonisierungsprozess zu beeinflussen und durch Überwindung der Hürden zu verbessern. Die entscheidende Frage richtet sich daher darauf, wie die Qualität der Harmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedsländer gesteigert werden kann.

Ich bin davon überzeugt, dass wir das Ziel einer sinnvollen Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Schadenersatzrechts in der Europäischen Union nur dann erreichen können, wenn wir als ersten Schritt ein neues und in sich schlüssiges Konzept entwerfen, das für alle oder zumindest nahezu alle Mitgliedsländer annehmbar ist[28]. Wie schon erwähnt, haben erfreulicherweise bereits zwei Arbeitsgruppen derartige Schadenersatz-Entwürfe vorgelegt; die European Group on Tort Law – sie hat Principles of European Tort Law im Jahre 2005 der Öffentlichkeit präsentiert[29] – und die Study Group on a European Civil Code gemeinsam mit der Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), die ihren Draft Common Frame of Reference im Jahr 2008 veröffentlichte[30]. Obwohl mit der Ausarbeitung dieser beiden Konzepte höchst wichtige Schritte vorwärts gesetzt wurden, erscheint es noch immer erforderlich, zusätzlich auf einige Grundfragen des Schadenersatzrechts einzugehen. Bei der Ausarbeitung der ersten Entwürfe **8/21**

Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 75 (2011) 260.

28 *Koziol/Schulze,* Conclusio, in: Koziol/Schulze (Hrsg), Tort Law of the European Community Rz 23/67 ff.

29 *EGTL,* Principles.

30 *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (2009).

ist es selbstverständlich nicht möglich, alle Grundfragen in der wünschenswerten Tiefe und Gründlichkeit zu erörtern. Das ist jedoch nötig, da die entscheidenden Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen gerade auf die Grundfragen zurückzuführen sind, so dass eine eingehende Untersuchung der Grundlagen des Schadenersatzrechts erforderlich ist.

8/22 Damit meine ich auch, dass das Ziel der Harmonisierung nur durch eine intensive Beschäftigung mit der *Rechtsvergleichung* erreichbar ist[31]: Zunächst benötigen wir mehr Informationen über die Grundideen anderer Rechtsordnungen, um einander besser zu verstehen, um mehr über die unterschiedlichen Rechtskulturen und das juristische Denken in anderen Ländern zu erfahren. Erst dadurch können wir die Gemeinsamkeiten erkennen, erhalten wir entscheidende Anregungen, werden wir durch andere Lösungen inspiriert, entdecken wir neue Werkzeuge für die Lösung von Problemen und werden wir offen für unterschiedliche Denkansätze und erweitern unser Verständnis für grundsätzliche Perspektiven. Wir können damit auch erkennen, auf welche Unterschiede in den Rechtsgütern wir Rücksicht nehmen müssen und wir werden lernen, welche unterschiedlichen Denkweisen miteinander versöhnt werden müssen. Damit werden auch die Grenzlinien einer annehmbaren Harmonisierung erkennbar.

8/23 Betreffend die Rechtsvergleichung ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass es umso gefährlicher wird, Anregungen aus fremden Rechtsordnungen zu übernehmen, je unterschiedlicher sie sind. Wenn ich von der Unterschiedlichkeit spreche, dann meine ich nicht lediglich die Abweichungen in Teilen des Privatrechts, etwa im Schadenersatzrecht, oder im gesamten Privatrecht, sondern auch die grundsätzlichen Unterschiede in der gesamten Rechtsordnung[32], etwa einschließlich des Sozialversicherungsrechts oder des Strafrechts, da diese Rechtsgebiete von größtem Einfluss auf das Schadenersatzrecht sein können.

IV. Unterschiedliche Rechtskulturen[33]

A. Allgemeine Unterschiede zwischen den Rechtssystemen

8/24 Zunächst ist auf die Unterschiede zwischen dem englischen common-law-System und den kontinentaleuropäischen Zivilrechtsordnungen hinzuweisen: Das Charak-

31 Siehe den Vorschlag von *Markesinis,* Comparative Law in the Courtroom and Classroom (2003) 157 ff. Siehe auch *Markesinis et al,* Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help), American Journal of Comparative Law (AmJCompL) 52 (2004) 133.

32 Vgl *Markesinis,* Comparative Law 167 ff.

33 Empfehlenswert ist das Sonderheft des Journal of European Tort Law (JETL) zum Thema »Cul-

teristikum der kontinentalen Rechtssysteme ist darin zu sehen, dass sie auf *kodifiziertem Recht* aufbauen, dies im Gegensatz zum englischen *Fallrecht.* Noch bedeutsamer ist, dass das Konzept der Zivilgesetzbücher voraussetzt, dass der menschliche Intellekt fähig ist, die dem Recht zugrundeliegenden Strukturen zu erfassen und dieses systematisch und umfassend darzustellen.

Da in der Europäischen Union sowohl Rechtsordnungen mit Fallrecht als auch Rechtsordnungen mit kodifiziertem Recht vorhanden sind, steht die Rechtssetzung durch die Gerichte der Rechtssetzung durch den Gesetzgeber gegenüber. Eine Harmonisierung oder Rechtsvereinheitlichung kann letztlich aber wohl nur durch gesetzliche Regelungen erreicht werden; das englische Recht müsste sich daher insofern grundlegend wandeln. Obwohl auch im Bereich des common-law-Gesetze immer häufiger werden, vor allem auch durch EU-Verordnungen und die Umsetzung von EU-Richtlinien, wäre dies jedenfalls ein beachtlicher Schritt, nämlich eine doch grundlegende Änderung des Verfahrens der Rechtssetzung. Der Unterschied wird allerdings wohl nicht nur dadurch etwas eingeebnet, dass nun auch im common law gesetzliche Regelungen gebräuchlicher werden, sondern vor allem auch dadurch, dass insbesondere das Schadenersatzrecht ein Gebiet ist, in dem wegen der Vielfalt der Probleme, der technischen und sozialen Weiterentwicklung sowie der unzulänglichen gesetzlichen Grundlagen in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen das Richterrecht ebenfalls eine ganz erhebliche Rolle spielt[34]. **8/25**

Es bestehen aber auch recht bedeutsame Unterschiede zwischen den kontinentaleuropäischen *»Rechtsfamilien«,* etwa zwischen dem deutschen und dem romanischen oder skandinavischen Rechtskreis und sogar die Mitglieder einer Rechtsfamilie weisen grundsätzliche Unterschiede auf. Nehmen wir zum Beispiel zwei deutschsprachige Länder: das österreichische und das deutsche Zivilgesetzbuch stammen aus ganz unterschiedlichen Zeiten – 1811 und 1900 – und daher ist das österreichische Allgemeine Gesetzbuch ein Kind der Aufklärung, während das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch stark von der Pandektistik beeinflusst wurde, die ihrerseits auf dem römischen Recht aufbaut. Die Grundideen haben nachhaltigen Einfluss auf das gesamte jeweilige Rechtssystem ausgeübt. **8/26**

Auch bei der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichten sind erhebliche Abweichungen gegeben, und zwar nicht nur zwischen den common- **8/27**

---

tures of Tort Law in Europe«: *Oliphant,* Cultures of Tort Law in Europe, JETL 2012, 147; *Borghetti,* The Culture of Tort Law in France, JETL 2012, 158; *Fedtke,* The Culture of German Tort Law, JETL 2012, 183; *Andersson,* The Tort Law Culture(s) of Scandinavia, JETL 2012, 210; *Lewis/Morris,* Tort Law Culture in the United Kingdom: Image and Reality in Personal Injury Compensation, JETL 2012, 230.

34 *Hopf,* Das Reformvorhaben, in: Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 18; *Jansen,* Codifications, commentators and courts in tort law: the perception and application of the civil code and the constitution by the German legal profession, in: Lobban/Moses (Hrsg), The Impact of Ideas on Legal Development (2012) 201 f.

law-Ländern mit der dominierenden Rolle des von den Gerichten geschaffenen Fallrechts, sondern auch zwischen den kontinentalen kodifizierten Rechtsordnungen. Es ist etwa offenkundig, dass einerseits der französische Code civil und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch sowie die niederländische Kodifikation elastische, allgemeine Regeln den überaus detaillierten Bestimmungen vorziehen und damit den Gerichten die Anwendung der Bestimmungen auf den Einzelfall anvertrauen. Dem steht das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch gegenüber, das zu strengen, detaillierten Regeln neigt, die keinen Entwicklungsspielraum lassen.

8/28 Ich beabsichtige nicht, auf weitere Einzelheiten dieser allgemeinen Eigenheiten der Rechtskulturen einzugehen, die ohnehin bekannt sind, sondern ich werde mich einigen Unterschieden der Rechtskulturen zuwenden, die für die Gestaltung und Entwicklung des Schadenersatzrechts entscheidend sind.

B. Die Begriffe Tort Law und Schadenersatzrecht

8/29 Mit dieser Zielangabe stellt sich aber auch schon eine höchst grundsätzliche Problematik, nämlich welches Rechtsgebiet damit überhaupt angesprochen ist. Die Bedeutung des deutschen Wortes »Schadenersatzrecht« und der entsprechenden Begriffe in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen einerseits und der im common law üblichen Bezeichnung »law of torts«, sind höchst unterschiedlich und weisen auf grundverschiedene Konzepte hin. Darauf wird unten noch wiederholt Bedacht zu nehmen sein[35], doch ist schon vorweg auf Folgendes hinzuweisen: Während die *kontinentaleuropäischen Schadenersatzrechte* von den Grundvoraussetzungen und der Rechtsfolge aus gesehen einigermaßen homogene Rechtsgebiete sind, die all jene Normen umfassen, welche die Voraussetzungen und den Inhalt der auf den Ausgleich von Schäden gerichteten Ansprüche regeln, geht das *common law* von einer Vielzahl – etwa 70[36] – einzelner *»torts«* mit durchaus unterschiedlichen Voraussetzungen, aber auch völlig verschiedenen Rechtsfolgen aus. Für diese Untersuchung überaus bedeutsam ist, dass keineswegs alle torts den Eintritt eines Schadens voraussetzen und als Rechtsfolgen zwar häufig »damages« vorsehen, aber nicht stets, da es ebenso um Ansprüche auf Eigentumsherausgabe, Unterlassung oder Gewinnabschöpfung geht. Schließlich sind auch die damages verschiedenster Art und keineswegs stets auf den Ausgleich eines Schadens gerichtet. Dies trifft vielmehr lediglich auf die »compensatory damages« zu, die den

35 Dazu unten Rz 8/118 ff und 146; näher *Koziol,* Schadenersatzrecht und Law of Torts. Unterschiedliche Begriffe und unterschiedliche Denkweisen, Magnus-FS (2014) 61 ff.

36 Siehe *Oliphant,* General Overview, England and Wales, in: Winiger/Koziol/B.A. Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (2011) 1/12 Rz 1.

Schadensausgleich zum Ziel haben, nicht jedoch auf die restitutionary, die exemplary oder punitive, die nominal sowie die contemptuous damages. Das »law of torts« ist daher ein höchst inhomogenes Rechtsgebiet, das nur zum Teil – wenn auch zu einem sehr wesentlichen Teil – dem Ausgleich eines verursachten Schadens dient. Nur das Recht jener torts, die compensatory damages vorsehen, entspricht daher dem Schadenersatzrecht in den deutschsprachigen, aber auch in den anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Nur insofern dürfen daher Parallelen gezogen und Ideen übernommen werden. Das wurde bisher wohl zu wenig betont, soll aber in den folgenden Ausführungen möglichst weitgehend berücksichtigt werden.

C. Der Grundsatz »casum sentit dominus« und das Sozialversicherungssystem

Ein weiterer rechtskultureller Unterschied: Mein Buch »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective«[37] begann ich mit dem Hinweis auf den Grundsatz *»casum sentit dominus«.* Dieser entstammt dem römischen Recht und drückt den Gedanken aus, dass eine Person, die einen Schaden erleidet, diesen grundsätzlich selbst zu tragen hat. Nur dann, wenn bestimmte Gründe vorliegen, ist es gerechtfertigt, dem Geschädigten die Überwälzung des Schadens auf einen anderen zu gestatten. Damit wird die Betonung auf die *ausgleichende Gerechtigkeit* und nicht auf die austeilende gelegt. Dies trifft auch für das Vereinigte Königreich zu[38]. Andererseits wird in Frankreich – das üblicherweise von den anderen kontinentaleuropäischen Ländern abweicht – im Schadenersatzrecht eine sich am Geschädigten orientierende Sichtweise betont[39]. Ausgangspunkt ist daher der Grundsatz *»neminem laedere«*[40] und damit die Idee der *austeilenden Gerechtigkeit.* Wie *Askeland* in seinem Beitrag zu diesem Projekt darlegt[41], erfreut sich die Idee der austeilenden Gerechtigkeit auch in Skandinavien breiter Anerkennung. Es wird als gerecht empfunden, dass derjenige, der einen Schaden erlitten hat, auch einen Ausgleich erhält. **8/30**

Diese schadenersatzrechtlichen Unterschiede sind im Bereich der Personenschäden von geringerer Bedeutung, da sie dort weitgehend durch die *Sozialversicherungssysteme* eingeebnet werden. Dies trifft jedenfalls für die Mitgliedstaaten **8/31**

37 Veröffentlicht 2012.
38 *Oliphant,* JETL 2012, 156.
39 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/1; siehe auch *Borghetti,* JETL 2012, 158 f; *Quézel-Ambrunaz,* Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law, JETL 2012, 26 ff.
40 *Brun/Quézel-Ambrunaz,* French Tor Law Facing Reform, JETL 2013, 80 ff.
41 *Askeland,* Norwegen Rz 2/2, 125. Siehe auch *Andersson,* JETL 2012, 216 ff.

der EU zu, zumindest für die deutschsprachigen Länder[42] sowie für Frankreich[43], Ungarn[44], Polen[45], die skandinavischen Länder[46] und das Vereinigte Königreich[47], nicht hingegen für die USA, die lediglich ein viel schwächer ausgebautes Sozialversicherungssystem aufzuweisen haben. Aber auch wenn insoweit die unterschiedlichen Kulturen des Schadensausgleichs durch die Sozialversicherungssysteme einander angenähert werden, so werden andererseits durch die Unterschiede in diesen Sozialversicherungssystemen auch ganz erstaunliche Abweichungen bezüglich der Haftung des Schädigers geschaffen. Die weitreichende Entschädigung der Geschädigten wird in Skandinavien im Bereich der Personenschäden durch die weitreichenden Überdeckungen des Schadenersatzrechts mit den Versicherungs- und Sozialversicherungssystemen erreicht. Am eindrucksvollsten ist jedoch, dass der Gesetzgeber zusätzlich die Berechtigung der Sozialversicherungssysteme, beim Schädiger Rückgriff zu nehmen, beseitigte[48]. Im Bereich der Personenschäden verknüpfen die skandinavischen Rechtsordnungen daher eine weitreichende Entschädigung der Opfer mit einer weitgehenden Haftungsbefreiung der Schädiger.

8/32 Wird durch das Sozialversicherungssystem dem Geschädigten weitreichender Ausgleich für die durch Verletzungen der Person verursachten Schäden gewährt, so ist der umfassende schadenersatzrechtliche Schutz weit weniger dringlich. Daher ist das weitverbreitete Argument, dass die höchstrangigen geschützten Interessen den weitestgehenden schadenersatzrechtlichen Schutz verdienen, nicht länger aufrechtzuerhalten, da der Schutz schon durch ein anderes, für den Geschädigten sogar leichter durchsetzbares Rechtsinstrument sichergestellt wird. Aus der *Sicht des Geschädigten* ist ein intensiver schadenersatzrechtlicher Schutz daher nur mehr insoweit nötig, als die Sozialversicherung keinen vollständigen Ausgleich gewährt. Es ist davon auszugehen, dass solche Schutzlücken nicht mehr in hochgradiger Weise die wichtigsten Interessen des Geschädigten betreffen. Vom Aspekt des Ausgleichs betrachtet kommen wir daher zur Einsicht, dass die Schlussfolgerung »die höchstrangigen Interessen verdienen den höchstgradigen schadenersatzrechtlichen Schutz« heute keineswegs mehr überzeugen kann; es ist sogar im Hinblick auf andere Schutzmechanismen eher das Gegenteil der Fall.

8/33 Hinsichtlich des – in den meisten Ländern anerkannten – präventiven Effekts des Schadenersatzrechts[49] entsteht durch das Sozialversicherungsrecht solange

---

42 Basic Questions I Rz 2/74 ff.

43 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/53 ff; *Borghetti,* JETL 2012, 164 f.

44 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/44 f.

45 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/36 f.

46 *Askeland,* Norwegen Rz 2/2 ff; *Andersson,* JETL 2012, 219 f.

47 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/17 f; *Lewis/Morris,* JETL 2012, 232 ff.

48 *Askeland,* Norwegen Rz 2/32; *Andersson,* JETL 2012, 220.

49 Siehe Basic Questions I Rz 3/4 ff; *Koziol,* Prevention under Tort Law from a Traditional Point of View, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention in Law (2013) 135.

kein Problem, als dem Sozialversicherungssystem der Rückgriff gegen den Täter offensteht. Aus der Perspektive des Schädigers gesehen kommt es in der Sache zu keiner Veränderung, wenn lediglich der Gläubiger ausgewechselt wird, indem der Ersatzanspruch vom Geschädigten auf den Sozialversicherer übertragen wird. Wird jedoch dieser Rückgriff abgeschnitten, wie dies in den skandinavischen Ländern der Fall ist, dann stellt sich die Frage, ob andere Rechtsinstrumente – etwa das Strafrecht – verstärkt werden müssen, um die erforderliche Präventivwirkung zu erzielen.

Dieses Beispiel zeigt sehr anschaulich die große Bedeutung die dem *Zusammenspiel* von Schadenersatzrecht und Sozialversicherungsrecht bei der Ausgestaltung des Schadenersatzrechts zukommt. Diese Erkenntnis könnte einige Bedeutung erlangen bei der Bewertung der Regelung der Produkthaftung durch die Europäische Union – des wesentlichsten Beitrags der EU zum Schadenersatzrecht. Da nach diesen Regeln bei Sachbeschädigungen lediglich die Folgeschäden abzudecken sind und dies auch nur dann, wenn die Sache dem Privatgebrauch diente, finden sie vor allem im Bereich der Personenschäden Anwendung. Aber dies ist – wie wir eben gesehen haben – genau jener Bereich, in dem die Geschädigten weitreichenden Schutz durch das Sozialversicherungssystem genießen und daher kein dringender Bedarf an zusätzlichem schadenersatzrechtlichen Schutz festzustellen ist. Daher muss man festhalten, dass die strenge, verschuldensunabhängige Produkthaftung vorwiegend für die Sozialversicherung Vorteile bringt, da diese gegen den Täter Rückgriff nehmen kann. Aber nicht einmal das trifft in jenen Rechtsordnungen zu, die den Rückgriff des Sozialversicherers gegen den Täter abgeschafft haben. Zusätzlich ist hervorzuheben: in diesen Rechtsordnungen entwickelt die Produkthaftung auch keinerlei Präventivwirkung. Bedenkt man all das, so gewinnt die Frage immer mehr Bedeutung, welche Gründe oder – anders ausgedrückt – welche Haftungsfaktoren die strenge Haftung der Produzenten rechtfertigen könnten. Jedenfalls steigen Zweifel daran auf, dass wirklich ein so dringender Bedarf bestand, eine strenge Produzentenhaftung einzuführen. 8/34

D. Verschuldenshaftung und strenge, verschuldensunabhängige Haftung

Recht unterschiedliche Rechtskulturen können auch im Bereich des Schadenersatzrechts selbst erkannt werden, etwa bezüglich der Anerkennung strenger, *verschuldensunabhängiger Haftung;* dieser Bereich ist überdies wegen des Zusammenspiels des Schadenersatzrechts mit dem System der obligatorischen Versicherung von Interesse. Auf dem Gebiet der verschuldensunabhängigen Haftung weisen die europäischen Rechtssysteme mehr Unterschiedlichkeit auf als in anderen 8/35

Teilen des Schadenersatzrechts[50]. Die Skala beginnt mit der sehr weitreichenden verschuldensunabhängigen Haftung des Halters einer Sache, des *gardien,* im französischen Recht. Diese strenge Haftung findet ihren Grund nicht in einer besonderen Gefährlichkeit von Anlagen oder Sachen, sondern ist völlig unabhängig von Voraussetzungen. Das führt zu erstaunlichen Ergebnissen: Ein vier Jahre altes Kind saß im Obergeschoß auf dem Fensterbrett und zeichnete mit einem Bleistift ein Bild auf einem Blatt Papier. Unglücklicherweise verlor das Kind beim Hinunterschauen das Gleichgewicht und fiel hinunter, noch immer den Bleistift in seinem Händchen haltend. Das Kind hatte Glück, da es auf einen Fußgänger fiel und nicht auf das Pflaster; aber es verletzte den Passanten mit dem Bleistift. Das französische Gericht war der Ansicht, dass das Kind als *gardien* des Bleistifts verschuldensunabhängig für den mit dem Bleistift zugefügten Schaden hafte. In der Mitte der Skala finden wir das deutsche Rechtssystem: Sondergesetze sehen für die Halter verschiedener gefährlicher Sachen eine verschuldensunabhängige Haftung vor. England nimmt die Schlussposition ein: sein Rechtssystem ist überaus zurückhaltend bei der Anerkennung verschuldensunabhängiger Haftungen.

8/36 Das Fehlen jeglicher verschuldensunabhängiger Haftung für Motorfahrzeuge ist wohl der markanteste Unterschied zwischen dem englischen Recht und den Rechtsordnungen der meisten europäischen Länder. Die meisten kontinentalen Rechtssysteme haben verschuldensunabhängige Haftungen eingeführt und es ist die Wahrnehmung wichtig, dass sie die strenge Haftung verknüpft haben mit der Auferlegung von Pflichtversicherungen und der Einrichtung von Entschädigungsfonds. Es ist daraus ableitbar, dass die Gesetzgeber in diesen Ländern zwar die Gefährlichkeit der Sachen (die sich mit hoher Geschwindigkeit fortbewegen und erhebliche Schäden verursachen können) berücksichtigten, aber eine Überschau fördert den Eindruck, dass der folgenden Feststellung von *Israel Gilead*[51] nicht nur für Israel Geltung zukommt: »Die mit Motorfahrzeugen verknüpfte absolute Haftung wurde als ein Instrument der Kanalisierung der Belastungen aus Straßenverkehrsunfällen zu den Versicherungen entwickelt und dient auch tatsächlich diesem Ziel.« Daher scheint der Gedanke der Schadensverteilung unter jenen, die Vorteile aus dem Verkehr ziehen, zumindest auch eine Rolle bei der Rechtfertigung der strengen Haftung zu spielen. Es ist festzustellen, dass Übereinstimmung nur in einem sehr kleinen Bereich besteht, etwa bezüglich der Atomenergie, für die internationale Konventionen bestehen.

50 Siehe ausführlicher *B.A. Koch/Koziol,* Comparative Conclusions, in: B.A. Koch/Koziol (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002) 395 ff.

51 *Gilead,* Israel, in: Koch/Koziol (Hrsg), Unification: Strict Liability Rz 45.

E. Strafzahlungen und die Aufgaben des Schadenersatzrechts

Ein weiterer schwerwiegender Unterschied zwischen dem common law und den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen: Die Länder des common law, vor allem die USA, aber ebenfalls – wenn auch in geringerem Ausmaß – England, Irland[52] und Israel[53], halten sehr viel von *punitive damages;* die kontinentaleuropäischen Länder lehnen sie hingegen ab[54]. Dieser Gegensatz beruht auf einem im Grundsätzlichen unterschiedlichen Denken und darauf, dass andere Zwecke des Schadenersatzrechts in den Mittelpunkt gerückt werden. Wie schon oben ausgeführt (Rz 8/29), ist das »law of torts« im common law ein höchst uneinheitliches Rechtsgebiet, da die zahlreichen torts unterschiedliche Tatbestände mit überaus unterschiedlichen Rechtsfolgen erfassen und keineswegs stets dem Ausgleich verursachten Schadens dienen. Dadurch scheint das Tor für die Berücksichtigung anderer Ziele als den Schadensausgleich auch im law of torts offen zu stehen. Aus diesem Blickwinkel scheint es unproblematisch, dass die Rechtsordnungen des common law die Präventivfunktion des »law of torts« betonen und punitive damages zusprechen, die ein Vielfaches des vom Geschädigten erlittenen Schadens erreichen. Punitive damages stehen jedoch nicht im Einklang mit dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit, da sie nicht dem Ausgleich des vom Kläger erlittenen Schadens dienen, sondern einen Glücksgewinn verschaffen, wobei der im Privatrecht herrschende fundamentale Gedanke der Notwendigkeit beidseitiger Rechtfertigung[55] vernachlässigt wird. Überdies wird durch die Anerkennung von punitive damages die Grenze zwischen Privat- und Strafrecht missachtet und damit bleiben auch die fundamentalen strafrechtlichen Prinzipien, wie vor allem der Grundsatz nulla poena sine lege und entscheidende Beweislastregeln, unberücksichtigt[56]. **8/37**

Es scheint erstaunlich, dass die meisten kontinentaleuropäischen Juristen im Gegensatz zu ihren Kollegen in den USA und in England keinen entsprechenden Bedarf an punitive damages und an der Beiseiteschiebung ganz grundsätzlicher Ideen empfinden. Die Gründe dafür dürften wohl in einigen Unterschieden **8/38**

52 *Quill,* Torts in Ireland³ (2009) 569 ff.

53 *Englard,* Punitive Damages – A Modern Conundrum of Ancient Origin, JETL 2012, 18 ff, vertritt jedoch eine sehr restriktive Verhängung von punitive damages: »the joining of ideas of retribution and deterrence into the compensatory process by means of punitive damages should be practiced only in exceptional circumstances and to a very limited extent.«

54 Eine umfassende Darstellung findet sich in den Länderberichten in *Koziol/Wilcox* (Hrsg), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009); *Meurkens/Nordin* (Hrsg), The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out? (2012).

55 Basic Questions I Rz 2/59 mit weiteren Nachweisen. Dieses Prinzip wird in der Sache auch von *Weinrib,* Corrective Justice (2012), insbesondere 2 ff, 15 ff, 35 f, vertreten.

56 Zu all diesen Argumenten siehe *Weinrib,* Corrective Justice 96 ff, und unten Rz 8/157 f.

zwischen den Rechtssystemen liegen[57]. Es ist möglich, dass im Recht der USA der Bestrafung nach *strafrechtlichen* Regeln weniger Bedeutung zukommt als in kontinentaleuropäischen Ländern[58]; dies mag in noch höherem Maße für das *Verwaltungsstrafrecht* zutreffen. Daher könnte die Notwendigkeit, privatrechtliche Strafen einzuführen, in den USA viel stärker empfunden werden als in Europa. Es sind aber auch noch weitere in Betracht kommende Gründe zu finden, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann[59].

V. Unterschiedliche Denkweisen

8/39 Beim Versuch, das europäische Recht zu harmonisieren, sind aber auch noch die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die durch die sehr stark von einander abweichenden und durch die in den einzelnen Rechtskreisen auf unterschiedlichen Ebenen liegenden Denkweisen verursacht werden[60]. Anschauliche Beispiele bieten die unterschiedlichen englischen, französischen und deutschen Denkgewohnheiten[61], die bei der Lektüre der für dieses Projekt ausgearbeiteten Landesberichte durchaus nachempfunden werden können.

8/40 Dass das englische Privatrecht – und damit auch das Schadenersatzrecht – vom Fallrecht beherrscht ist, beeinflusst die Arbeitsweise: Englische Gerichte und sonstige Rechtsanwender beginnen mit der Suche nach gleichen oder zumindest ähnlichen *Einzelfallentscheidungen* und haben die Entscheidung eines Einzelfalles im Auge. Kontinentaleuropäische Juristen gehen hingegen von einer allgemeinen, *abstrakten Regel* aus, die der Gesetzgeber formuliert hat. Dieser Unterschied darf allerdings nicht überbewertet werden, da das Schadenersatzrecht auch in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen doch recht weitgehend ebenfalls Richterrecht ist.

---

57 Zu den Unterschieden im Allgemeinen siehe *Magnus,* Why is US Tort Law so Different? JETL 2010, 102.

58 Vgl *Sonntag,* Entwicklungstendenzen der Privatstrafe (2005) 348 ff.

59 Ausführlicher *Koziol,* Comparative Report and Conclusions, in: Koziol/Wilcox (Hrsg), Punitive Damages 54 ff.

60 Siehe *Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht³ (2009) 2 f.

61 Siehe *Markesinis,* Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany, Cambridge Law Journal 59 (2000) 294; *Markesinis,* French System Builders and English Problem Solvers: Missed and Emerging Opportunities for Convergence of French and English Law, Texas International Law Journal (Tex Int'l LJ) 40 (2005) 663. Vgl ferner *Lundmark,* Legal Science and European Harmonisation, The Law Quarterly Review 2014, 68; *Perry,* Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule, Rutgers Law Review 56 (2004) 719, der ein interessantes Beispiel im Bereich der Schädigung reiner Vermögensinteressen anführt.

Dazu kommt noch Folgendes: Im common-law-Bereich wird es wohl überbetont, dass nur Einzelfallentscheidungen zu treffen sind und keine *Gesamtschau* vorzunehmen ist. Das scheint schon bei einem Blick auf die Gesamtdarstellungen des Schadenersatzrechts, aber auch für Einzeluntersuchungen nur begrenzt zu stimmen, vor allem aber ist diese Einzelfall-Sicht in Wahrheit nicht durchzuhalten, wenn die Entscheidungen in nachvollziehbarer Weise getroffen werden sollen und sie dem Gerechtigkeitsgrundsatz, dass Gleiches gleich und Ungleiches verschieden zu behandeln ist, entsprechen sollen. Dafür sprechen die folgenden Erwägungen, die an anderer Stelle schon ausführlicher dargelegt wurden[62]: Haben die Rechtsanwender, also insbesondere die Gerichte, einen Fall zu entscheiden, so steht die Anwendbarkeit einer Vorentscheidung nur dann ohne weiteres fest, wenn der Sachverhalt identisch ist. Bei jeglicher Abweichung des nun zu entscheidenden Sachverhaltes stellt sich hingegen unweigerlich die Frage, ob der Rechtssatz der einzelfallbezogenen Vorentscheidung dennoch anwendbar ist, weil die maßgebenden Sachverhaltsmomente gleich sind und Unterschiede nur in nicht maßgebenden Punkten vorhanden sind; oder ob die maßgebenden Momente zwar verschieden, aber doch als gleichwertig anzusehen sind; oder ob die Unterschiede zu einer anderen Beurteilung führen müssen, die Vorentscheidung also nicht, und zwar auch nicht entsprechend (analog) anwendbar ist. Diese Entscheidung kann in objektiver, nachvollziehbarer Weise nur dann getroffen werden, wenn die Bewertungsgesichtspunkte der Vorentscheidung festgestellt werden und klargestellt wird, ob lediglich nicht maßgebende Sachverhaltsmomente abweichen und die Entscheidung daher gleich auszufallen hat. Bestehen hingegen Unterschiede in Punkten, die nicht eindeutig bedeutungslos sind, so ist zu prüfen, ob eine Gleichbehandlung des Falles vorzunehmen ist. Das kann jedoch nur objektiv bejaht werden, wenn es gelingt, von den Wertungen der Vorentscheidung auf einen allgemeineren Rechtssatz zu schließen, der den nun zu behandelnden Tatbestand ebenfalls erfasst und damit ein Analogieschluss zulässig ist. Ist das nicht der Fall, so erfordert die Sachverhaltsabweichung eine unterschiedliche Beurteilung. Ist Letzteres der Fall, so bleibt mangels anwendbarer Vorentscheidung nur übrig, auf der Grundlage allgemeiner, der Rechtsprechung insgesamt entnehmbarer Wertungen Regeln zu suchen, die auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung finden können. **8/41**

Damit zeigt sich, dass auch im common law die Herausarbeitung von allgemeineren oder sogar sehr allgemeinen Regeln unvermeidbar ist, wenn Entscheidungen objektiv nachvollziehbar sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechend sein und sich in ein konsistentes Gesamtsystem einfügen sollen. Die Vorgangsweise ist somit die gleiche, wie in den kontinentaleuropäischen Rechts- **8/42**

62 Siehe *McGrath/Koziol,* Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? RabelsZ 2014, Heft 4.

ordnungen, nur vielfach insoferne sogar umfassender, als zunächst auch noch die allgemeinere Regel herauszuarbeiten ist, die auf dem Kontinent die Gesetzbücher liefern.

8/43 Da die Gerichte im common-law-Bereich diese Aufgabe schon bisher mit Selbstverständlichkeit, weil unvermeidbar, aber nicht in vollem Bewusstsein erfüllen, geht es wohl nur darum, dies bewusster zu machen, offen zu legen und noch umfassender auszugestalten. Ein prinzipieller Unterschied besteht hingegen nicht, so dass wohl keine grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Umstellung auf kodifiziertes Recht zu befürchten sind. Man kann den Unterschied daher vielleicht auf die Aussage reduzieren, dass im common law die Herausbildung allgemeiner Regeln etwas vernachlässigt wird, im kontinentaleuropäischen Recht hingegen zu sehr auf die allgemeinen Regeln geachtet wird und die Besonderheiten des Einzelfalls manchmal vernachlässigt werden.

8/44 Aber es bestehen auch erstaunliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen auf dem Kontinent[63]: Die deutschen Juristen neigen zu einem sehr systematischen Denken und bemühen sich regelmäßig um überzeugende Begründungen für ihre Lösungen, und zwar sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung. Der französische Gesetzgeber und die Cour de cassation geben fast nie eine ausreichende Begründung und daher weiß man kaum, warum die Entscheidung eines Falles so getroffen wurde und es ist somit auch nicht absehbar, wie der nächste Fall entschieden werden wird.

8/45 Gerade auch deshalb benötigen wir in Europa ein allgemeines, in sich schlüssiges Konzept auf der Ebene der Europäischen Union, das als Wegweiser für künftige Richtlinien dienen kann, indem es dem Normsetzer zeigt, welchen Inhalt diese haben müssen, damit sie in das *Gesamtsystem* passen. Ein solches Konzept kann ferner den nationalen Gesetzgebern Anregungen für die künftige Weiterentwicklung der nationalen Rechtsordnung geben und schließlich – vielleicht – die Grundlage für ein künftiges einheitliches Europäisches Schadenersatzrecht abgeben[64]. Da ein derartiges Konzept unbedingt erforderlich ist, müssen die vorhandenen Schwierigkeiten überwunden werden. Das wird nicht einfach sein und reiche Kenntnisse, viel Zeit und Geduld, Offenheit gegenüber ungewohnten Ideen, Bereitschaft, Kompromisse einzugehen und nicht zuletzt harte Arbeit, insbesondere auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung, erfordern. Mit gutem Willen auf allen Seiten und vernünftiger Zusammenarbeit ist das Ziel aber erreichbar, und wenn auch beim ersten Anlauf noch kein ideales Ergebnis erzielt werden kann, so doch immerhin die Grundlage für nachfolgende Verbesserungen.

---

63 Siehe *Borghetti,* JETL 2012, 179 f; *Griss,* How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from a Comparative Perspective, JETL 2013, 247.

64 Zu den verschiedenen Methoden der Harmonisierung und Vereinheitlichung siehe *Taupitz,* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen (1993).

VI. Methoden der Normgestaltung

Bei der Ausarbeitung solcher Konzepte und bei der Formulierung von einzelnen Normen können durchaus unterschiedliche Wege eingeschlagen werden. Die kontinentaleuropäischen Gesetzgeber wenden üblicherweise zwei gegensätzliche Methoden an[65] und gelangen damit entweder zu *festen, detaillierten Regeln,* oder zu *allgemeinen, elastischen Bestimmungen,* die von den Gerichten zu konkretisieren sind[66]. **8/46**

Die schadenersatzrechtlichen Grundnormen bieten gute Beispiele für die Unterschiedlichkeit. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) neigt eindeutig der erstgenannten Methode zu und bevorzugt feste, detaillierte Normen: **8/47**

§ 823 Abs 1 BGB: *»Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.«* **8/48**

Die Normen des französischen Code civil und des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB), beide fast hundert Jahre älter als das BGB, sind hingegen allgemeiner und elastischer formuliert: **8/49**

Art 1382 Code civil: *»Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.«* **8/50**

Ähnlich ist der Wortlaut des § 1295 Abs 1 ABGB: *»Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; ...«.* **8/51**

Der genauen Aufzählung der geschützten Güter in § 823 Abs 1 BGB kommt zwar größere Aussagekraft zu als den sehr allgemein gehaltenen Generalklauseln des Art 1382 Code civil und des § 1295 Abs 1 ABGB. Aber der deutsche Gesetzgeber hat damit viel mehr Einzelheiten geregelt, so dass sich Fehlentscheidungen wegen der Starrheit der Bestimmungen auch spürbarer auswirken und gesetzliche Regelungen auch eher durch den gesellschaftlichen, technischen oder wirtschaftlichen Wandel fehlerhaft werden, während die unbestimmte Weite des Code civil und des ABGB den Gerichten Manövrierfreiheit bei der Fortentwicklung einräumt. **8/52**

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die deutsche Methode der Formulierung der Normen nicht die *Rechtssicherheit* gefördert hat; das kann am Beispiel **8/53**

65 Wie *Nolan,* Damage in the English Law of Negligence, JETL 2013, 260, betont, kann das common-law-System als eine Kombination von diesen zwei Herangehensweisen verstanden werden, da es sowohl »nominate torts« als auch allgemeine Prinzipien der Fahrlässigkeitshaftung kennt.

66 Zum Folgenden *Koziol,* Tort Liability in the French ›Code civil‹ and the Austrian ›Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch‹, in: Fairgrieve (Hrsg), The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond (2007) 261 ff; *derselbe,* Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? Am Beispiel des Schadenersatzrechts von ABGB, Code civil und BGB, in: Festschrift 200 Jahre ABGB I (2011) 469 ff.

der reinen Vermögensschäden gezeigt werden. Reine Vermögensschäden werden von § 823 Abs 1 BGB keinesfalls erfasst. Deutsche Juristen sind der Meinung, dass dies viel zu restriktiv ist[67], und haben § 826 BGB, der die Haftung bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung regelt, herangezogen indem sie den Anwendungsbereich überdehnt haben. So wird zum Beispiel die Verleitung zum Vertragsbruch stets als sittenwidrig angesehen und werden damit vertragliche Beziehungen allgemein gegen bewusste Störungen durch Dritte geschützt. Ferner: § 826 BGB setzt Vorsatz voraus, aber Rechtsprechung und Lehre wenden die Bestimmung sehr großzügig an, so dass im Ergebnis grobe Fahrlässigkeit genügt.

8/54 Schließlich: die deutschen Juristen haben den Weg zum Ersatz reiner Vermögensschäden durch die Ausdehnung der vertraglichen Haftung geebnet, in deren Rahmen auch reine Vermögensschäden zu ersetzen sind. Zu diesem Zweck wurden die culpa in contrahendo und die positiven »Forderungsverletzungen« der Vertragshaftung zugeordnet, obwohl die maßgebenden Sorgfaltspflichten nicht durch Vereinbarung der Vertragsparteien festgelegt werden. Deutsche Juristen haben überdies durch Zauberkunststücke Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens erfunden.

8/55 Es scheint, dass deutsche Juristen sich an all diese problematischen Vorgangsweisen gewöhnt haben, da diese ihnen seit ihrer juristischen Kindheit eingebläut wurden[68]. Der auswärtige Beobachter gewinnt allerdings den Eindruck, dass die deutschen Kollegen wegen der festen und engen Regelungen ihres Gesetzbuches bei dem Bemühen enden, den Bestimmungen auszuweichen, und zwar entweder durch Umgehung oder durch die berühmte »Flucht in die Generalklauseln« – die Kommentierungen der Generalklauseln § 242 und § 826 BGB sprechen wirklich Bände (in jeder Bedeutung des Wortes). Derartige – grob gesprochen – illegale Vorgangsweisen sind ein das Verhalten prägendes Suchtgift und die deutschen Gerichte und Gelehrten haben sich daran gewöhnt, die grundlegenden Wertungen und Entscheidungen des Gesetzgebers bedenkenlos beiseite zu schieben. All das hat zu einem doch überraschenden Ergebnis geführt: die doch eher großzügigen, sogar schlampigen Österreicher achten ihr Gesetzbuch in weitaus höherem Maße als die so ordentlichen, gründlichen Deutschen.

8/56 Daraus ist eine rechtspolitische Lehre zu ziehen: Versucht der Gesetzgeber durch detaillierte, starre Regeln allzu sehr, die Bewegungsfreiheit der Gerichte einzuschränken, so erreicht er letztlich das Gegenteil und die Rechtssicherheit wird zu einem geringeren Grad verwirklicht als mit elastischeren Bestimmungen[69].

8/57 Wir müssen nun aber auch einen Blick auf *§ 1295 ABGB* werfen und dessen Lösung bezüglich reiner Vermögensschäden mit der deutschen Regelung vergleichen

67 *G. Wagner* in MünchKomm, BGB V^{6} (2013) § 823 Rz 249.
68 Zum Folgenden *Koziol,* Glanz und Elend der deutschen Dogmatik, AcP 212 (2012) 9 ff, 60.
69 Siehe *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff^{2} (1991) 533 f.

chen. Schon auf den ersten Blick ist zu erkennen, dass diese Bestimmung nichts über den schadenersatzrechtlichen Schutz reiner Vermögensinteressen aussagt. Es kann aus dem Wortlaut lediglich geschlossen werden, dass ein Anspruch auf Ersatz reiner Vermögensschäden nicht ausgeschlossen ist, da § 1295 bestimmt, dass jedermann berechtigt ist, den Ersatz von jener Person zu verlangen, die ihm schuldhaft Schaden zugefügt hat. Die entscheidende Frage, in welchem Ausmaß reine Vermögensinteressen Schutz genießen und wann daher die Herbeiführung reiner Vermögensschäden sorgfaltswidrig ist, wird nicht beantwortet.

Ein Blick auf das französische Recht lässt erkennen, welch großer *Bewegungsspielraum* durch Bestimmungen wie jene des ABGB zum Schadenersatz eingeräumt wird: obwohl der Wortlaut der französischen Bestimmungen nahezu derselbe ist wie jener der österreichischen, herrscht in Frankreich derzeit ein Schadenersatzrecht, das sich grundlegend vom heutigen österreichischen Schadenersatzrecht unterscheidet, aber ebenfalls stark abweicht vom französischen Recht zu Anfang des 19. Jahrhunderts, das auf denselben gesetzlichen Bestimmungen beruhte. **8/58**

Derart offene Bestimmungen rufen schon in den nationalen Rechtsordnungen erhebliche Probleme hervor; noch mehr aber in Regeln, die das europäische Recht vereinheitlichen sollten: sie würden in den einzelnen Mitgliedsländern in recht unterschiedlicher Weise interpretiert werden, da eben die Rechtstraditionen in den Ländern in erheblichem Maße von einander abweichen. **8/59**

Ich bin überzeugt, dass ein Mittelweg sachgerecht wäre und daher das von *Walter Wilburg*[70] auf rechtsvergleichender Grundlage entwickelte *bewegliche System* wertvolle Hilfe leisten[71] und zeigen könnte, wie die der Harmonisierung hinderlichen[72] unterschiedlichen Methoden der Kodifizierung – zum Beispiel in Deutschland auf der einen Seite und Frankreich sowie Österreich auf der anderen Seite – miteinander versöhnt werden könnten. **8/60**

Wilburg setzt bei zwei grundsätzlichen Erkenntnissen an[73]: Erstens anerkennt er die *Pluralität* der von einander unabhängigen fundamentalen Wertungen und Zwecke, die für große Rechtsgebiete wirken. Das Recht darf daher regelmäßig nicht von *einem* zentralen Grundgedanken her verstanden, angewendet und ausgelegt werden. Das darf jedoch nicht zur Billigkeitsjurisprudenz auf Grund zahlloser unvorhersehbarer ad-hoc-Gesichtspunkte führen, die jeweils nach Belieben herangezogen oder vernachlässigt werden. Im Gegenteil: Es sind sämtliche für ein bestimmtes Rechtsgebiet maßgebenden Grundwertungen in ihrem konkreten **8/61**

---

70 *Wilburg,* Die Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); *derselbe,* Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346 ff.

71 Dies ist offenbar auch die vorherrschende Meinung in Ungarn, siehe *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/18.

72 Siehe die von *Brun/Quézel-Ambrunaz,* French Tort Law Facing Reform, JETL 2013, 80 ff, hervorgehobenen Bedenken.

73 *F. Bydlinski,* A »Flexible System« Approach for Contract Law, in: Hausmaninger/Koziol/Rabello/Gilead (Hrsg), Developments in Austrian and Israeli Law (1999) 10.

Zusammenspiel zu beachten. *Wilburg* nennt diese Grundwertungen des jeweiligen Rechtsgebietes »Elemente«; wir würden heute eher von Prinzipien sprechen[74]. Die Pluralität und das jeweilige selbständige Eigengewicht der Prinzipien unterscheidet das Konzept *Wilburgs* von allen Versuchen, größere Rechtsgebiete auf *ein einziges* Rechtsprinzip zurückzuführen. Solche Versuche zwingen stets zur Überbetonung einiger Grundwerte und Zwecke durch Ausdehnung mittels Fiktionen und zur Abwertung von anderen, ungeachtet ihrer selbständigen Bedeutung. *Wilburg* lehnt daher auch alle Versuche einer monokausalen Erklärung des Schadenersatzrechts ab[75], die sich auf ein einziges Element, etwa Verschulden, stützen. Diese Auffassung hat heute schon weite Anerkennung gefunden: so wird heute etwa eingeräumt, dass neben Verschulden vor allem ein hoher Grad der von Sachen oder Handlungen ausgehenden Gefährlichkeit von entscheidender Bedeutung ist, aber auch wirtschaftliche Umstände, die Erlangung eines Vorteils oder die Versicherbarkeit eine Rolle spielen können[76].

8/62 Neben der Pluralität der Rechtsprinzipien im überwiegenden Teil des Rechts betont das bewegliche System auch die *Abstufbarkeit;* in anderen Worten den komparativen Charakter der Elemente. Die Rechtsfolgen in einem bestimmten Fall ergeben sich daher aus der komparativen Stärke der Elemente in ihrem Zusammenspiel. Die Elemente weisen somit eine klare, differenzierte Mehr-oder-weniger-Struktur auf. Beim Zusammentreffen gegensätzlicher Prinzipien ist ein Kompromiss durch Bestimmung von »Vorrangrelationen« festzulegen.

8/63 Hervorzuheben ist, dass nicht nur die Abstufbarkeit der die Rechtsfolgen begründenden Elemente zu berücksichtigen ist, sondern auch die Möglichkeit der Abstufung der *Rechtsfolgen.*

8/64 Die Kritik am beweglichen System ist sicherlich insofern berechtigt, als die Methode noch verfeinert und die Anwendung noch verbessert werden kann. Sie beruht jedoch sehr häufig auch auf der Fehlvorstellung, dass die Anhänger dieses Systems bestrebt sind, die Bestimmungen so beweglich, unbestimmt und verschwommen wie möglich zu formulieren. Dies ist jedoch völlig unzutreffend und kommt einer Verleumdung nahe. Der führende Vertreter des beweglichen Systems, *Franz Bydlinski*[77], stellt eine entgegengesetzte Grundforderung auf – ich zitiere: »Soweit es sich um typische, auch hinsichtlich der Konsequenzen der Regelung

74 Zu den Zusammenhängen zwischen dem System von *Wilburg* und den Grundgedanken der Prinzipienlehre siehe *F. Bydlinski,* Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 329 ff, sowie *derselbe,* Die »Elemente des beweglichen Systems«: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg), Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 9 ff.

75 Siehe die ähnliche Ansicht von *Englard,* Punitive Damages – A Modern Conundrum of Ancient Origin, JETL 2012, 1, 19 der betont: »The importance of the concept of complementarity in the normative context lies in the mutually restraining effect of the contrasting values«.

76 Vgl *Koziol,* Basic Questions I Rz 6/1 ff.

77 *Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 534.

klar überblickbare Sachverhalte handelt, sprechen Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, dh hier voraussehbare und einfache Rechtsanwendung, aber auch die Gerechtigkeitsgleichheit weiterhin dafür, beim gesetzestechnischen System der festen Tatbestandsbildung zu bleiben. Auch wo die Rechtssicherheit zu den besonderen Zwecken einer Regelung gehört, wird kein (oder doch nur geringer) Raum für ›bewegliche‹ Enklaven sein. Ein grundsätzlich beweglich gestaltetes Wechsel-, Grundbuchs-, Prozess- oder gar Strafrecht ist gewiss ausgeschlossen.«

Wegen der Vielschichtigkeit der Probleme und der Vielfältigkeit der zu beur- **8/65**
teilenden Sachverhalte ist es allerdings im Privatrecht keineswegs stets möglich, feste Regeln aufzustellen[78]. Aber selbst dann spricht sich *Wilburg* nicht für die Formulierung von Billigkeitsregeln aus, die im Entscheidungsprozess jeweils nach Belieben herangezogen oder vernachlässigt werden können; im Gegenteil. Das bewegliche System bietet einen Mittelweg zwischen Normen mit festen, strengen Elementen und unbestimmten Generalklauseln: durch die Angabe der maßgebenden Faktoren, die der Richter zu berücksichtigen hat, kann der Gesetzgeber einen weitaus höheren Bestimmtheitsgrad und eine erhebliche Einschränkung des richterlichen Ermessens erreichen. Dadurch werden einerseits die Entscheidungen der Gerichte vorhersehbar und verständlich und es wird andererseits noch immer ermöglicht, die Vielfalt der Sachverhalte in den einzelnen Fällen in gelenkter Weise zu berücksichtigen. Es ist dann das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren, die in unterschiedlicher Stärke gegeben sein können, für die Rechtsfolgen entscheidend.

Noch eine abschließende Bemerkung: Es liegt auf der Hand, dass das beweg- **8/66**
liche System nicht nur für die Ausgestaltung der nationalen Rechte, sondern ganz besonders für die *Harmonisierung* oder Rechtsvereinheitlichung besondere Vorzüge aufweist: Es ist geeignet, zwei gegenläufige Forderungen in möglichst weitgehendem Maße zu erfüllen, nämlich einerseits nicht bloß höchst konkretisierungsbedürftige Generalklauseln aufzustellen, andererseits aber starre Regelungen zu vermeiden, weil diese der Vielfalt von Einzelfällen nicht gerecht werden können und überdies jeder Anpassung an geänderte Verhältnisse entgegenstehen[79]. Durch

78 Das wird bei der Kritik, etwa auch an den PETL, nicht stets ausreichend berücksichtigt, siehe etwa auch *Wagner* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2005, 666 ff. Die Verwendung höchst ausfüllungsbedürftiger Begriffe, wie etwa »Rechtswidrigkeit«, ohne die Anführung relevanter Abwägungsgesichtspunkte führt jedenfalls nur zu einer Erhöhung der Unbestimmtheit und damit Unsicherheit. Es ist bisher auch noch niemandem gelungen, eine klare, feste Norm über den Ersatz reiner Vermögensschäden zu formulieren; sowohl eine Bestimmung, die schlicht die Haftung für reine Vermögensschäden verneint, als auch eine Norm, die den Ersatz allgemein anordnet, wäre selbstverständlich nicht sachgerecht. Die Kritik ist daher solange nicht sehr förderlich, als sie nicht zugleich in der Lage ist, bessere Lösungen anzubieten – was allerdings bisher nie geschehen ist.

79 Dazu *Koziol,* Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadensersatzrecht, ZEuP 1996, 587.

die Angabe der vom Richter zu berücksichtigenden maßgebenden Faktoren wird eine erhebliche Konkretisierung erreicht, das Ermessen des Richters entscheidend eingeschränkt und seine Entscheidung vorhersehbar, andererseits wird eine gelenkte Berücksichtigung der Vielfalt der Lebenssachverhalte ermöglicht. Das bewegliche System ist überdies in hohem Maße geeignet, Regelungen zu entwickeln, in denen die in den unterschiedlichen Rechtsordnungen für maßgeblich gehaltenen Faktoren aufgenommen werden und die den verschieden gewichteten Wertungen möglichst weitgehend Beachtung schenken[80].

80 Zu all dem ausführlicher *Koziol,* Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; *derselbe,* Diskussionsbeitrag: Rechtsvereinheitlichung und Bewegliches System, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 311 ff.

Teil 1 Einleitung

I. Eigenrisiko des Geschädigten, Schadensüberwälzung und Versicherungslösungen

A. Rechtsvergleichender Rundblick

In Basic Questions I (Rz 1/1 ff) habe ich für den *deutschen* Rechtskreis den Grundsatz erörtert, dass derjenige, der einen Schaden erleidet, diesen selbst zu tragen hat, es sei denn es liegen besondere Gründe vor, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Schaden auf einen anderen überwälzen zu können. Hingewiesen habe ich aber auch darauf, dass in der heutigen Gesellschaft die Vorstellung zunimmt, dem Einzelnen sei möglichst jegliches Risiko abzunehmen. Dieses Ziel kann selbst über eine großzügige Ausweitung des Schadenersatzrechts sicherlich nicht erreicht werden, da dieses stets voraussetzt, dass – seien es auch sehr weit gefasste – Zurechnungsgründe vorliegen, die es rechtfertigen können, die Schadenstragung vom Geschädigten auf einen anderen zu überwälzen. Für Personenschäden wurde jedoch eine sehr weitgehende, von Zurechnungsgründen unabhängige Risikoabnahme durch Sozialversicherungssysteme erreicht, deren Kosten keineswegs zur Gänze von den begünstigten Versicherten, sondern zu einem großen Teil durch die öffentliche Hand und die Arbeitgeber getragen werden. Diese Sozialleistungen verändern freilich ganz überwiegend nicht die schadenersatzrechtliche Zurechnung, da den Sozialversicherungsträgern gegen den Haftenden Rückgriffsansprüche zustehen; Ausnahmen von dieser Rückgriffsmöglichkeit bestehen allerdings im Arbeitnehmer-Unfallversicherungsrecht bei leicht fahrlässigen Schädigungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, was vor allem damit begründet wird, dass dieser die Versicherungsprämien ganz oder teilweise trägt[81]. Bemerkenswert ist ferner, dass die sehr nachdrücklichen Bemühungen um eine möglichst umfassende Abdeckung schon entstandener Schäden im Vordergrund zu stehen scheinen, obwohl es doch sinnvoller Weise ein vorrangiges Ziel der Gesamtrechtsordnung sein sollte, schon das Eintreten von Schäden hintanzuhalten. **8/67**

---

81 Siehe Basic Questions I Rz 2/75. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei *Karner/Kernbichler,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Austria, in: Oliphant/G. Wagner (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 63 ff, 95 f; *Waltermann,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Germany, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 274, 276 ff; *G. Wagner,* New Perspectives on Employers' Liability – Basic Policy Issues, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 567 f.

8/68 Im *ungarischen* Recht ist Ausgangspunkt ebenfalls, dass der Geschädigte grundsätzlich seinen Schaden selbst zu tragen hat; doch zeigt die von *Menyhárd* geschilderte Lage in Ungarn die gleiche Tendenz zur Ausweitung der Schadenshaftung[82]. Unterschiedlich gegenüber dem deutschen Rechtskreis ist allerdings die stärkere Betonung des Gedankens der Schadensprävention neben dem Ausgleichsprinzip. Die vorgesehenen Sozialleistungen im Gesundheitsbereich führen wie im deutschen Rechtskreis zu keiner Verdrängung des Schadenersatzrechts, da die Haftung des Schädigers durch den Rückgriff des Sozialversicherungsträgers aufrechterhalten wird.

8/69 Auch für das *japanische* Recht wird als Ausgangspunkt festgehalten, dass jedermann den durch eigenes Verhalten oder durch Zufall erlittenen Schaden selbst zu tragen hat[83]. Eine Ausweitung der Haftung findet hier – wie in vielen Rechtsordnungen – durch eine weitgehende Objektivierung des Verschuldens statt[84]. Eine Entlastung des Schädigers durch die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen findet nicht statt, da den Versicherern Rückgriffsansprüche gegen verantwortliche Schädiger zustehen, außer gegen die Arbeitgeber, da diese die Prämien zahlen[85].

8/70 Keine Zweifel daran, dass alle Rechtsordnungen vom Grundsatz »casum sentit dominus« ausgehen, hegt auch *Oliphant*[86] *in seinem Bericht zum englischen* Recht, und er verweist auf die im common law weitverbreitete Regel »let the loss lie where it falls«; das steht im Einklang mit dem Bericht von *Green/Cardi* zum *US-amerikanischen* Recht[87]. *Oliphant* berichtet aber ebenso von der Tendenz zu Ausweitung der Ersatzpflichten. Die Bedenken dagegen haben im common law zu einem sozialen Wohlfahrtssystem im Gesundheitsbereich[88] und zu Versicherungslösungen geführt[89], zunächst vor allem im Bereich der Schädigung von Arbeitnehmern[90], wobei hier die Versicherungslösung teilweise neben das Schadenersatzrecht trat, teils dieses verdrängte; später gingen diese Regelungen in weitergehenden Systemen der sozialen Wohlfahrt auf. Die Sozialleistungen führen nicht zu einer

82 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/1 f. Die ausführlicher dargelegte verschuldensunabhängige Haftung wegen Verleitung eines anderen durch Auskunft oder Rat, sieht das neue Recht offenbar nicht mehr vor.
83 *Yamamoto,* Japan Rz 7/2 f.
84 *Yamamoto,* Japan Rz 7/515 ff.
85 Siehe *Yamamoto/Yoshimasa,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Japan, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 339 f.
86 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/8 ff.
87 *Green/Cardi,* USA Rz 6/16.
88 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/17.
89 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/13 ff.
90 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/14 ff; *Oliphant,* Landmarks of No-Fault in the Common Law, in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 44 ff; ferner *Lewis,* Employers' Liability and Workers' Compensation: England and Wales, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 137 ff. Für die USA dazu *Green/Cardi,* USA Rz 6/19 ff.

Befreiung des Schädigers, vielmehr werden entweder die Schadenersatzleistungen des Täters bei den entsprechenden Sozialzahlungen berücksichtigt oder es bestehen Rückgriffsmöglichkeiten[91]. Eine weitere Ausweitung nicht schadenersatzrechtlicher Ersatzleistung wurde in einigen Rechtsordnungen des common law vorgesehen, so im Vereinigten Königreich insbesondere für Verbrechensopfer[92]; sowie in Kanada und Australien für Straßenverkehrsopfer. Berühmt ist schließlich das allgemeine verschuldensunabhängige Ersatzsystem Neuseelands; darauf ist unten noch einzugehen.

Moréteau[93] meint zwar, dass für das französische Recht keine Darstellung des Schadenersatzrechts mit der Erwähnung des Grundsatzes beginnt, dass der Geschädigte seinen Schaden zu tragen habe, in der Sache aber wohl auch davon ausgegangen werde. Er geht dann auf die erwähnte Tendenz ein, dem Geschädigten jegliches Risiko abzunehmen, und auch auf meine Kritik, es werde dabei die unleugbare Tatsache übersehen, dass durch Ersatzleistungen an den Geschädigten der Schaden nicht aus der Welt geschafft, sondern bloß auf jemand anderen überwälzt wird, es also lediglich zu einer Schadensverlagerung kommt und ein anderer durch die Schadensabdeckung einen Nachteil erleidet. *Moréteau* stimmt dem zwar zu, schränkt dies jedoch auf die rein schadenersatzrechtliche Perspektive ein, und weist auf die Veränderung der Situation durch die vertraglichen Versicherungen und die Sozialversicherungssysteme hin: Auf diesem Weg werde die Schadenstragung durch den Geschädigten zur Ausnahme; es sei somit eine Verlagerung von der ausgleichenden zur austeilenden Gerechtigkeit festzustellen. Dies entspreche der weitgehend akzeptierten Auffassung, dass es für die Gesellschaft besser sei, wenn deren Mitglieder die Risiken gemeinsam tragen und damit einem solidarischen Modell folgen. Diese politische Entscheidung habe sich als tragfähig erwiesen. *Moréteau* weist aber auch darauf hin, dass dies nicht die Exzesse des französischen Rechts bei der Ausweitung der Haftung entschuldigen könne. **8/71**

Damit wurden für das französische Recht zwei wesentliche Punkte angesprochen: Einerseits – um an das zuletzt Gesagte anzuknüpfen – die Überdehnung des Schadenersatzrechts, und andererseits die den Solidaritätsgedanken betonende Absicherung der Risiken durch die außerhalb des Schadenersatzrechts bestehenden Systeme der vertraglichen und der sozialen Versicherung, die jedoch – abgesehen vom Bereich der Schädigung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber[94] – **8/72**

91 Siehe dazu die kritischen Überlegungen von *Wagner* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 570 ff.

92 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/19.

93 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/1.

94 Siehe *G'sell/Veillard,* Employers' Liability and Workers' Compensation: France, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 224, 229 f: Die Workers' compensation institutions haben einen Rückgriffsanspruch gegen den Arbeitgeber lediglich bei grob schuldhaftem oder bei vorsätzlichem Verhalten.

Rückgriffsrechte gegen den verantwortlichen Schädiger vorsehen[95], so dass insofern keine Entlastung des Täters erfolgt. Wichtig für das Verständnis des französischen Rechtssystems ist die Feststellung, dass »aus französischer Sicht zumindest in der Praxis zivilrechtliche Haftung nicht mehr ein zentrales, sondern nur mehr ein marginales Instrument darstellt«[96]. Bedeutsam ist ferner der Hinweis[97], dass in Frankreich dem Schadenersatzrecht nicht primär die Aufgabe der Prävention beigelegt wird, diese Funktion vielmehr immer stärker dem Strafrecht zugedacht wird. Damit sind Grundfunktionen des Schadenersatzrechts und das Zusammenspiel mit anderen Rechtsgebieten angesprochen, wobei erhebliche Unterschiede zum deutschen Rechtskreis feststellbar sind.

8/73 Demgegenüber besteht keine so große Kluft zwischen dem französischen und dem *skandinavischen* Recht, das bei der Berücksichtigung der Interessen des Geschädigten noch über das französische hinausgeht. Wie *Askeland*[98] hervorhebt, beruht zwar auch das norwegische Schadenersatzrecht auf dem Grundsatz »casum sentit dominus«, doch habe der Gedanke der austeilenden Gerechtigkeit verbreitet Zustimmung gefunden und jenen der ausgleichenden Gerechtigkeit immer mehr zurückgedrängt: In erster Linie sei es wichtig, dass das Opfer vollen Ersatz erhalte. Zweitens werde es weitgehend als gerechtfertigt angesehen, dass jener, der den Schaden verursacht hat, diesen auch zu ersetzen habe – was wohl zu einer sehr großzügigen Zurechnung führt, unter anderem durch Ausdehnung verschuldensunabhängiger Haftungen.

8/74 Für eine sehr breite Abdeckung der *Personenschäden* – nicht jedoch der sonstigen Schäden – haben in Skandinavien in jüngerer Zeit neben dem Schadenersatzrecht auch noch Versicherungslösungen und das soziale Sicherheitsnetz gesorgt. Verstärkt wird der Schutz der Geschädigten überdies durch einen Ausbau der obligatorischen Haftpflichtversicherungen, wodurch das Risiko der Undurchsetzbarkeit der Ersatzansprüche weitgehend beseitigt wird[99]. Höchst bemerkenswert ist, dass in Skandinavien die Konzentration auf den Ausgleichsgedanken zumindest im Bereich der Personenschäden letztlich zu einer weitgehenden Befreiung der Schädiger führt: Den Sozialversicherungsträgern wird kein Rückgriff gegen den Schädiger eingeräumt, ausgenommen dieser handelte vorsätzlich[100]. Dass dadurch die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts beseitigt wird, hat offenbar in der Diskussion keine wesentliche Rolle gespielt, da dem Schadenersatzrecht

95 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/54.
96 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/13.
97 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/7 und 68.
98 *Askeland,* Norwegen Rz 2/2.
99 *Beck,* Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungsobligatorien, in: Fuhrer/Chappuis (Hrsg), Liber amicorum Roland Brehm (2012) 1 f; *Merkin/Steele,* Insurance and the Law of Obligations (2013) 256.
100 *Askeland,* Norwegen Rz 2/4, bei FN 7.

diese Funktion ohnehin abgesprochen wurde. Verhindert wird andererseits eine Überkompensation der Geschädigten, und zwar dadurch, dass die Leistungen der Sozialversicherung die Schadenersatzansprüche gegen die Schädiger kürzen. Die Sozialversicherung führt somit zu einer erheblichen Befreiung verantwortlicher Täter und erleichtert diesen damit die Tragung der oft sehr hohen Ersatzleistungen bei Personenschäden. Soweit Haftpflichtversicherungen bestehen, führt die Sozialversicherung im Ergebnis allerdings zur Entlastung der Haftpflichtversicherer, indem sie deren Funktion übernimmt. Die Haftpflichtversicherten genießen aber immerhin den Vorteil, dass sie teilweise von Versicherungsprämien befreit werden und diese Kosten auf die Allgemeinheit, der die Finanzierung der Sozialversicherung obliegt, überwälzt werden[101]. Das Schadenersatzrecht wird somit im norwegischen Recht für den Bereich der Personenschäden teilweise verdrängt und dient letztlich nur mehr einer Ergänzung der Sozialleistungen[102].

Das *polnische* Recht weicht insofern nicht wesentlich vom norwegischen ab: **8/75**
Wie *Ludwichowska-Redo* berichtet[103], ist der Grundsatz »casum sentit dominus« zwar nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, doch steht nach ihr außer Zweifel, dass dieses Prinzip dem polnischen Recht zu Grunde liegt. Aber auch Polen folgte der allgemeinen Tendenz der Ausweitung des Schutzes der Geschädigten: Einerseits kam es dem Bericht nach zur Ausweitung der Haftung unter anderem durch die Objektivierung des Verschuldens, das Abstellen lediglich auf die Rechtswidrigkeit, die Ausweitung verschuldensunabhängiger Haftungen sowie die erweiterte Ersatzfähigkeit ideeller Schäden[104]. Anderseits sorgt die Sozialversicherung für eine Abdeckung der Personenschäden, wobei besonders bemerkenswert ist, dass auch nach polnischem Recht dem Sozialversicherer kein Rückgriff gegen den Schädiger offen steht[105], ausgenommen bei bestimmten Leistungen in Fällen der Arbeitsunfähigkeit infolge vorsätzlicher Schädigung[106]. Damit kommt es – so wie in den skandinavischen Rechtsordnungen – auch im polnischen Recht zu einer teilweisen Verdrängung des Schadenersatzrechts durch die Sozialleistungen. Überdies führt das bei ärztlichen Kunstfehlern vom Patienten wählbare außergerichtliche Entschädigungssystem[107], das zwar einen raschen, jedoch betragsmäßig beschränkten Ersatz

101 *Askeland,* Norwegen Rz 2/5.
102 *Askeland,* Norwegen Rz 2/2 f und 6.
103 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/1 ff.
104 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/2.
105 Lediglich bei vorsätzlicher Schädigung gäbe es theoretisch einen Rückgriffsanspruch gegen den Täter, siehe *Bagińska,* Medical Liability in Poland, in: B.A. Koch (Hrsg), Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions (2011) 413 f; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/36, bei FN 77.
106 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/36 f. Vgl ferner *Dörre-Nowak,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Poland, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 387.
107 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/4; *Bagińska,* The New Extra-Judicial Compensation System for Victims of Medical Malpractice and Accidents in Poland, JETL 2012, 101 ff.

vorsieht, insofern zu einer Verdrängung des Schadenersatzrechts, als der Patient bei dessen Inanspruchnahme auf alle schadenersatzrechtlichen Ansprüche verzichten muss[108], diese also auch nicht auf den Träger des Entschädigungssystems übergehen.

B. Schlussfolgerungen

1. Die Ausdehnung der schadenersatzrechtlichen Haftung

8/76 Die Tendenz zur Ausweitung der schadenersatzrechtlichen Haftung wird in allen Stellungnahmen hervorgehoben. Es ist ohne Zweifel ein berechtigtes Anliegen, den Geschädigten möglichst weitgehenden Schutz durch umfassende Abdeckung ihrer erlittenen Nachteile durch die Schadensverursacher zu gewährleisten. Manchmal wird allerdings der Eindruck erweckt, dass dabei die berechtigten Interessen der Schädiger aus den Augen verloren werden. Es ist zu bedenken, dass jede zusätzliche oder höhere Ersatzleistung an Geschädigte andere Personen mit zusätzlichen Ersatzpflichten belastet; jede Erhöhung des Schutzes des einen führt zwangsläufig zu einer stärkeren Einschränkung der Bewegungsfreiheit anderer[109]. Die Abdeckung des Kompensationsinteresses des Geschädigten durch das Schadenersatzrecht ist jedoch lediglich insoweit gerechtfertigt, als der *Geschädigte schutzwürdiger ist als der Schädiger,* also nur insofern, als ausreichend gewichtige Zurechnungsgründe vorhanden sind. Darüber hinaus darf die Schadensabdeckung nur auf andere Weise, insbesondere durch Streuung der Schadenstragung, erfolgen. Das kann durch eine Überwälzung des Schadens auf die Allgemeinheit im Wege von Kompensationsleistungen der öffentlichen Hand oder durch die Verteilung des Schadens auf eine Vielzahl von Personen über ein Versicherungssystem erreicht werden.

8/77 Ferner scheint über den Bestrebungen, den Ersatz für schon erlittene Schäden auszuweiten, häufig die wohl vorrangige Aufgabe der Rechtsordnung in den Diskussionen zur kurz zu kommen[110], nämlich durch Sicherheitsmaßnahmen schon den *Eintritt von Schäden zu vermeiden.* Der Schadenersatz kann den Schaden nicht mehr aus der Welt schaffen, sondern nur mehr für eine Verlagerung auf andere sorgen. *van Boom/Pinna*[111] betonen dementsprechend zu Recht, dass der Ausgleich von Schäden, die mit niedrigeren Kosten für die Gesellschaft vermieden hätten

108 *Bagińska,* JETL 2012, 103.

109 Dazu *Picker,* Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, Juristenzeitung (JZ) 1987, 1052; vgl auch *Yamamoto,* Japan Rz 7/68 ff, 361 ff, 600 ff.

110 Das gilt allerdings offenbar nicht für Frankreich, siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/7. Vgl auch *Schamps,* The Precautionary Principle versus a General Principle for Compensation of Victims of Dangerous Activities in Belgian Law, in: Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 121 ff.

111 *van Boom/Pinna,* Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation of Birth Defects, in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 180.

werden können, stets nur die zweitbeste Lösung ist. Es sollte daher der Schadensverhütung, nicht nur durch das präventiv wirkende Schadenersatzrecht und auch nicht lediglich durch das Privatrecht, sondern insbesondere auch durch das Verwaltungsrecht[112], besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Die heute feststellbare Ausweitung der Ersatzpflichten wird zunehmend – abgesehen von England – dadurch erreicht, dass *verschuldensunabhängige Haftungen* anerkannt werden[113], insbesondere die der Halter von besonders gefährlichen Sachen. Da diese Haftung auf anerkannten Grundgedanken beruht und nach allgemeiner Auffassung zu sachgerechten Ergebnissen führt, ist diese Entwicklung prinzipiell unbedenklich. Problematisch ist die von einem Fehlverhalten unabhängige Haftungsausweitung jedoch, soweit sie nicht offengelegt wird[114], womit Entscheidungen nicht nachvollziehbar und künftige Urteile nicht vorhersehbar werden, Sachverhalte oder Haftungsvoraussetzungen manipuliert werden und die Entscheidungsgründe nicht den geltenden Normen entnommen werden können, sondern auf subjektiven Wertungen beruhen. Bedenklich sind aber auch offene Weiterentwicklungen der Haftungsordnung dann, wenn der Normsetzer grundlegende Abwägungen vernachlässigt und nicht mehr rechtfertigbare Belastungen der Schädiger vorsieht. Wie weit solche Gefahren sich schon verwirklicht haben oder offenbar drohen, wird immer wieder bei der Lösung von einzelnen Grundfragen des Schadenersatzrechts angesprochen werden. Sachlich nicht mehr zu rechtfertigende Belastungen eines Schädigers ohne zureichend gewichtige Zurechnungsgründe sollten jedenfalls vermieden und eine für nötig erachtete weitergehende Abdeckung der den Geschädigten entstandenen Nachteile über die Schadensstreuung durch Versicherungssysteme oder allenfalls durch die öffentliche Hand angestrebt werden – wie dies weitgehend in Frankreich erfolgt. **8/78**

2. Haftpflichtrecht und Sozialleistungssysteme

Einzugehen ist hier noch näher auf die allgemeinere Frage, ob und wie weit eine Ergänzung oder eine Verdrängung des Schadenersatzrechts durch *soziale Leistungen* anzustreben ist. Tatsache ist jedenfalls, dass in den europäischen Rechtsordnungen – anders als in den USA[115] – für Personenschäden das Schadenersatzrecht **8/79**

---

112 Siehe dazu auch *van Boom/Lukas/Kissling* (Hrsg), Tort and Regulatory Law (2007), insbesondere *Faure,* Economic Analysis of Tort and Regulatory Law 400 ff, 422 ff; und *Lukas,* The Function of Regulatory Law in the Context of Tort Law – Conclusions 452 ff.

113 Dies betont vor allem *Moréteau,* Frankreich Rz 1/4. Siehe auch *Gilead,* On the Justifications of Strict Liability, in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2004, 28 ff.

114 Siehe Basic Questions I Rz 6/145.

115 Siehe *Green/Cardi,* USA Rz 6/19; *Hyman/Silver,* Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective: How does the U.S. Do it? in: Oliphant/Wright (Hrsg), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective (2013) 475.

durch soziale Leistungssysteme in beträchtlichem Maße ergänzt oder sogar – insbesondere im Bereich der Schädigung von Arbeitnehmern[116] – ersetzt wird; im medizinischen Bereich sind die Diskussionen über die Einführung eines verschuldensunabhängigen Kompensationssystems wieder etwas abgeflaut[117].

8/80 Dass nur für den Bereich der *Personenschäden* eine derartige Ausdehnung des Schutzes vorgesehen wird, findet seine Berechtigung einerseits darin, dass es um das höchstrangige Gut geht und andererseits vielfach die Existenz des Geschädigten bedroht wird. Bei Beeinträchtigungen der Person soll der Geschädigte daher ohne Rücksicht auf die Schadensursache in jedem Fall Schadensausgleich erhalten. Durch den Wegfall der Notwendigkeit, Haftungsvoraussetzungen zu prüfen, wird auch die Verwirklichung des zweiten Anliegens erheblich gefördert, nämlich die rasche Durchführung des Ausgleichs. Allerdings wird in der Regel keine volle Kompensation, sondern nur eine Abdeckung der Grundbedürfnisse vorgesehen.

8/81 Bei Sachschäden sind die Voraussetzungen für eine Ausweitung des Schutzes nicht im selben Maße gegeben; die Vermögensschäden und auch die Schutzbedürfnisse sind überdies von Fall zu Fall höchst unterschiedlich, so dass die Risikovorsorge besser den potentiell Geschädigten überlassen wird. Insoweit besteht zwischen den hier erörterten Rechtsordnungen im Grundsätzlichen Übereinstimmung, Unterschiede bestehen jedoch beim Ausmaß der sozialen Leistungen bei Personenschäden, also welche Kosten übernommen werden, und bezüglich der Höhe der bei Personenschäden zu erbringenden Ausgleichsleistungen.

8/82 Noch gravierender erscheinen jedoch die das Schadenersatzrecht unmittelbar betreffenden Differenzen bezüglich der *Rückgriffsmöglichkeit* der die Sozialleistung erbringenden Institutionen gegen den Schädiger. Hier stoßen – zumindest auf den ersten Blick – sehr gegensätzliche Auffassungen über grundsätzliche Fragen aufeinander, so dass bei einer Harmonisierung das Einverständnis aller Mitgliedsländer der EU schwer erzielbar erscheint.

8/83 Gegen eine generelle Abschneidung des Rückgriffs spricht vor allem, dass damit für den Bereich der Personenschäden im Umfang der Sozialleistungen das Schadenersatzrecht beiseite geschoben und damit auch dessen *Präventivwirkung* erheblich geschmälert würde. Diesem Nachteil stünde nur ein sehr geringer Vorteil gegenüber: Die Vermeidung eines Rückgriffs der Sozialversicherung gegen den Schädiger brächte lediglich eine geringe Ersparnis im Bereich der Abwicklungskosten mit sich, da die Schädiger in aller Regel – die meisten Personenverletzungen

116 Dazu *Klosse/Hartlief* (Hrsg), Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases (2007); *Oliphant,* The Changing Landscape of Work Injury Claims: Challenges for Employers' Liability and Workers' Compensation, in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 524 ff, 556 ff; *Wagner* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 567 f.

117 Zu den Vorschlägen für solche Systeme und deren Umsetzungen siehe *Dute/Faure/Koziol* (Hrsg), No-Fault Compensation in the Health Care Sector (2004); *B. A. Koch,* Medical Liability in Europe: Comparative Analysis, in: Koch (Hrsg), Medical Liability in Europe 650.

erfolgen im Straßenverkehr – haftpflichtversichert sind und zwischen den Sozialversicherungsträgern und den Haftpflichtversicherern die Rückgriffe durch Abkommen, die eine pauschalierte Rückerstattung vorsehen, kostengünstig ausgestaltet werden können[118].

Damit wird allerdings ein Punkt angesprochen, der zugleich die grundsätzlichen Bedenken gegen den Ausschluss des Rückgriffs ganz erheblich mindert: Die überwiegende Zahl der Schädiger ist haftpflichtversichert – wobei wieder auf die Verkehrsunfälle hinzuweisen ist –, so dass sie auch bei einem Rückgriff der Sozialversicherung den Schaden letztlich nicht selbst zu tragen hätten und somit insofern ohnehin keine Präventivwirkung vorhanden wäre. Der Rest einer Präventivwirkung, der bei einer Tragung durch den Haftpflichtversicherer gegeben wäre und durch den Ausschluss des Rückgriffs verloren ginge, bestünde lediglich in der – soweit vorhandenen – Berücksichtigung der Schadenshäufigkeit bei der Prämiengestaltung durch die Haftpflichtversicherung. Es ist überdies zu bedenken, dass der Schädiger noch für die Personenschäden haftbar wäre, die durch die Sozialleistung nicht gedeckt werden, insbesondere die immateriellen Schäden und die meist zugleich eintretenden Sachschäden[119]; damit bliebe auch noch die Möglichkeit bestehen, für diesen Restbereich die Häufigkeit von Schadensereignissen bei der Prämiengestaltung der Haftpflichtversicherung zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass für die von der Sozialversicherung nicht erfassten Schäden die Präventionswirkung in dem auch sonst gegebenen Ausmaß unberührt bliebe. Schließlich ist noch zu Gunsten der den Rückgriff ausschließenden Lösung zu bedenken, dass die – von manchen ohnehin bezweifelte[120] – Präventivwirkung des Schadenersatzrechts lediglich eine Nebenfunktion betrifft. Die Prävention wird vorwiegend über das bei Personenschäden regelmäßig eingreifende Strafrecht und – insbesondere für den Straßenverkehr – durch Verwaltungsstrafen angestrebt, die von der Rückgriffslösung völlig unabhängig sind. **8/84**

Die europäischen[121] und japanischen Sozialleistungssysteme haben dennoch bisher ganz überwiegend das Schadenersatzrecht auch im Bereich der Personen- **8/85**

---

118 Siehe in Basedow/Fock (Hrsg), Europäisches Versicherungsvertragsrecht (2002), die Länderberichte *Fock,* Belgien 289; *derselbe,* Niederlande 892; *Scherpe,* Nordland (Dänemark, Schweden) 998; *Rühl,* Vereinigtes Königreich und Irland 1503; *Lemmel,* Österreich 1106; ferner für Deutschland *Deutsch,* Das neue Versicherungsvertragsrecht[6] (2008) Rz 289 ff; für Österreich *Schauer,* Das Österreichische Versicherungsvertragsrecht[3] (1995) 331 f.

119 Allerdings ist ein derartiges zweispuriges System von Sozialleistung und ergänzenden Schadenersatzansprüchen aufwändig und wenig empfehlenswert; siehe *Wagner* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 597 f.

120 Siehe oben Rz 8/67 ff die Hinweise auf die deutschsprachigen Länder, sowie auf Ungarn, England und Japan. Siehe ferner die rechtsvergleichende Darstellung von *Magnus,* Impact of Social Security Law on Tort Law Concerning Compensation of Personal Injuries – Comparative Report, in: Magnus (Hrsg), The Impact of Social Security Law on Tort Law (2003) 280 ff.

121 Das gilt auch für das die Kompensation des Geschädigten besonders weitgehend berücksichtigende französische Recht, siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/11.

schäden *nicht* ausgeschaltet. Ausnahmen werden allerdings für einen Teilbereich vorgesehen, nämlich jenen der Schädigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber; begründet wird dies vor allem damit, dass der Arbeitgeber ganz oder teilweise die Prämien zahle und damit seine Haftung – zumindest für leicht fahrlässige Schädigungen – ablöse[122]. Selbst dann, wenn der Rückgriff – wie in den Rechtsordnungen Skandinaviens und Polens[123] – gegen den Schädiger ausgeschlossen wird, führt dies nur teilweise zu einer Verdrängung des Schadenersatzrechts, nämlich im Umfang der Sozialleistung, die Pflicht zum Ersatz darüber hinausgehender Schäden bleibt jedoch unberührt. In keiner der in dieses Projekt einbezogenen Rechtsordnungen wurde hingegen umfassend oder auch nur für den Bereich der Personenschäden das Haftpflichtrecht durch eine allgemeine Versicherungslösung vollständig ersetzt und es bestehen in diesen Ländern auch keine ernsthaften Bestrebungen dazu; nicht einmal für den Bereich der Personenschäden[124]. In den USA stößt eine staatliche Versicherungslösung auf besonders heftigen Widerstand[125], wobei vor allem auch der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit eine erhebliche Rolle zu spielen scheint.

8/86 Soweit *Moréteau*[126] *die Vorzüge einer Versicherungslösung betont*[127], hat er offenbar eine echte Versicherung im Auge, die einerseits die Geltendmachung darüber hinausgehender Schäden und andererseits durch Prämiengestaltung und Selbstbehalte die Präventionswirkung nicht – völlig – ausschließt. Das entspricht aber in den Grundzügen ohnehin noch im Wesentlichen den heutigen europäischen Systemen.

8/87 Lediglich in *Neuseeland* wurde ein umfassendes verschuldensunabhängiges, staatlich unterstütztes Ersatzsystem für Personenschäden eingeführt[128], das für diesen Bereich das Schadenersatzrecht völlig ausschaltet, und zwar auch für Schäden, die über die Versicherungsleistung hinausgehen. Die von *Oliphant* erwähnten

122 Siehe Basic Questions I Rz 2/75; ferner oben Rz 8/69.

123 Oben Rz 8/74 f.

124 Siehe *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/18.

125 *Green/Cardi,* USA Rz 6/16; die grundsätzliche Abneigung gegen staatliche Eingriffe drückt sich deutlich im Satz aus: »Die Einmischung des Staates ist immer dann schlecht, wenn sie nicht eindeutig gut ist«.

126 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/8 ff.

127 *Moréteau,* (Frankreich Rz 1/9) erwähnt auch noch den Vorteil, dass bei einer Versicherungslösung im Gegensatz zur Schadenersatzlösung der volle Schadensausgleich nicht durch die anfallenden Anwaltskosten vereitelt wird. Dabei geht es allerdings nicht um einen Mangel des Schadenersatzrechts, sondern um eine nicht sehr sachgerechte Lösung der Prozesskostentragung, die wohl auch nur in den USA besteht und leicht ohne grundlegende Änderungen des gesamten Kompensationssystems beseitigt werden könnte. Überdies ist nicht zu vernachlässigen, dass auch bei Geltendmachung von Ansprüchen gegen Versicherungen häufig die Beiziehung eines Anwaltes erforderlich ist.

128 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/22 ff; *Oliphant,* Landmarks of No-Fault in the Common Law, in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 68 ff.

Nachteile, nämlich nur der Höhe nach begrenzte Ersatzleistungen, Verlust des Präventionseffekts[129] und erhebliche Belastung des Staates, wurden und werden in Neuseeland geringer geachtet als die Vorteile: Ersatz unabhängig von der Schadensursache, wesentlich kostengünstigere Durchsetzung und Betonung des Gemeinschaftsgedankens.

Das neuseeländische Beispiel konnte bisher nicht so vollständig überzeugen, dass es in anderen Ländern nachgeahmt wurde. Das scheint auch verständlich[130]: Der umfangmäßig begrenzte Ersatz von Personenschäden und damit der unvollständige Schutz des höchstrangigen Gutes muss als schwerer Nachteil dieses Systems gewertet werden. Das Argument der Kostengünstigkeit der Schadensabwicklung relativiert sich, wenn man bedenkt, dass mit Personenschäden häufig Sachschäden verbunden sind und deren Ersatz gesondert nach schadenersatzrechtlichen Regeln auf dem normalen Rechtsweg durchgesetzt werden muss. Der in Europa überwiegend eingeschlagene Weg der Kombination von Schadenersatzrecht und Versicherungssystemen erscheint günstiger, da die Vorteile des Versicherungssystems genutzt, die Nachteile der Verdrängung des Schadenersatzrechts jedoch vermieden werden. Letzteres ist allerdings dann nicht mehr der Fall, wenn es durch das Abschneiden des Rückgriffs gegen den Schädiger zu einer teilweisen Verdrängung des Schadenersatzrechts bei Personsverletzungen kommt. 8/88

3. Eine vermittelnde Lösung für das Zusammenwirken von Schadenersatz- und Sozialversicherungsrecht bei Personenschäden?

Die in Frankreich bestehende Neigung zur *Sozialisierung der Schäden* und das in den skandinavischen Ländern, aber auch in Polen festzustellende *Beiseiteschieben des Schadenersatzrechts* bei Personenschäden durch den Ausschluss des Rückgriffs des Sozialversicherers gegen den Schädiger[131] stehen in offensichtlichem Gegensatz zu dem in anderen Rechtsordnungen beibehaltenen Miteinander von 8/89

129 Sehr skeptisch hiezu *Green/Cardi,* USA Rz 6/20.

130 Siehe Basic Questions I Rz 1/10 ff.

131 Ganz allgemein gegen die Rückgriffsrechte der Schadensversicherer – und damit wohl auch der Sozialversicherer – bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers wendet sich *von Goldbeck,* Grenzen des Versichererregresses, ZEuP 2013, 283. Sein Vorschlag ist nicht überzeugend, da dieser dazu führt, dass im Ergebnis der Versicherte durch seine Prämienzahlungen dem Schädiger eine Haftpflichtversicherung verschafft. Die Versuche, dieses Argument und die Ausschaltung der Präventivwirkung der Schadenersatzverpflichtung dadurch abzuwenden, dass dem Schädiger eine Pflicht zum Ersatz eines Prämienanteils auferlegt wird, erscheint kaum sachgerecht, da auf diesem Weg dem Geschädigten die Risken, Mühen und Kosten der Eintreibung eines kleinen Prämienbeitrags auferlegt werden. Überdies käme der kaum eindeutig zu ziehenden Grenze zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit erhebliche Bedeutung zu und damit wäre für den Geschädigten die Rechtsdurchsetzung von schwer abschätzbaren Momenten abhängig.

Sozialrecht und Schadenersatzrecht, das letztlich zu einer Schadenstragung nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen führt. Diese beiden Systeme der Verdrängung einerseits und des Miteinander andererseits erwecken den Eindruck, unversöhnlich einander gegenüber zu stehen. Es scheint jedoch möglich, durch die Weiterentwicklung des skandinavischen Modells aber auch der für die Schädigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber vorhandenen Ansätze zu einer vermittelnden Lösung zu gelangen, die die Vorteile beider Systeme möglichst erhält und die Nachteile weitgehend vermeidet. Sie sollte noch gründlich diskutiert werden und könnte in Europa voraussichtlich auf einige Akzeptanz stoßen; wegen der grundsätzlichen Abneigung gegen staatliche Regulierungen[132] hingegen kaum in den USA.

8/90 Das traditionelle System des Miteinander von Sozialversicherung und Schadenersatzrecht verwirklicht einerseits das Ziel, zunächst dem Verletzten auf der Grundlage des Sozialversicherungsrechts unabhängig von der Schadensursache rasch Ausgleichsleistungen zukommen zu lassen, die allerdings meist beschränkt sind und daher keinen vollen Schadensausgleich bringen; andererseits führt die Möglichkeit des Rückgriffs der Sozialversicherung gegen den Schädiger dazu, dass die dafür anfallenden Kosten von jenem zu tragen sind, der nach den allgemeinen Zurechnungsregeln dafür verantwortlich ist. Dadurch wird den Interessen des Geschädigten an einer raschen, nicht vom Beweis enger Voraussetzungen abhängigen Ersatzleistung im Rahmen der Sozialleistungsgrenzen entsprochen und überdies dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit und damit dem Präventionsgedanken in vollem Umfang Rechnung getragen.

8/91 Es ist allerdings zu bedenken, dass die Ersatzpflicht des Schädigers in den meisten Fällen durch eine – freiwillige oder obligatorische – *Haftpflichtversicherung* abgedeckt sein wird und daher der Rückgriff des Sozialversicherers nur mehr eine geringe, von einer entsprechenden, das Schädigungsrisiko berücksichtigenden Prämiengestaltung abhängige Präventionswirkung entfaltet. Es ist aber immerhin noch insofern der Gedanke der Schadenszurechnung wirksam, als der verantwortliche Schädiger die Versicherungsprämien zu zahlen und damit die *Kosten* für die Schadensabdeckung durch den Haftpflichtversicherer zu tragen hat.

8/92 Negativ fällt aber in die Waagschale, dass wegen des Rückgriffsverfahrens zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherer des Schädigers zweimal *Abwicklungskosten* anfallen. Diese werden allerdings durch das vielfach gehandhabte Verfahren (oben Rz 8/83) mit jährlichen, pauschalierten Abgeltungen der Aufwendungen der Sozialversicherer für Verletzte, denen Ersatzansprüche gegen haftpflichtversicherte Schädiger zustehen, sehr niedrig gehalten, so dass wohl kein wirklich dringender Bedarf nach einer Vereinfachung festzustellen ist.

132 Siehe *Green/Cardi,* USA Rz 6/16.

Das skandinavisch-polnische System, das dem Geschädigten selbstverständlich die gleichen Vorteile wie das konventionelle bietet, kann noch den weiteren Vorteil für sich verbuchen, dass es schon durch sein Grundkonzept des Regressausschlusses eine Verdoppelung von Abwicklungskosten vermeidet. Diese Lösung leidet allerdings daran, dass durch den Ausfall des Rückgriffs des Sozialversicherers sowohl gegen den Schädiger als auch dessen Haftpflichtversicherer insoweit die dem Schadenersatzrecht eigene *Präventionswirkung* völlig ausgeschaltet und auch nicht mehr durch eine risikoabhängige Prämiengestaltung wenigstens mittelbar aufrecht erhalten wird. Bedenklich ist, dass der Schädiger – anders als in so manchen Rechtsordnungen der Arbeitgeber im Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung[133] – nicht einmal über entsprechend den bei Haftpflichtversicherungen kalkulierten Versicherungsprämien die Kosten der Schadensabdeckung zu tragen hat, sondern diese auf die Allgemeinheit überwälzt werden; da es bei der Sozialversicherung um eine Schadensversicherung geht also auf die Gesamtheit der potentiell Geschädigten[134]. **8/93**

Was die Bedenken betreffend die fehlende Präventivwirkung des skandinavisch-polnischen Systems betrifft, so kann zwar zu deren Entkräftung darauf hingewiesen werden, dass vielfach schon grundsätzlich bezweifelt wird, dass das Schadenersatzrecht überhaupt eine solche Wirkung entfalte[135] und eine allenfalls vorhandene Wirkung durch das Bestehen von freiwilligen oder obligatorischen Haftpflichtversicherungen jedenfalls erheblich verringert werde. Schließlich wäre noch der Einwand zu erwarten, dass im Bereich der Personenschäden dem Schädiger ohnehin noch in erheblichem Umfang Schadenersatzverpflichtungen für die durch die Sozialversicherung nicht abgedeckten materiellen Nachteile des Geschädigten, vor allem aber auch für dessen ideelle Schäden drohten, sowie überdies in weitem Ausmaß das Strafrecht eingreife, das eindeutig Präventivwirkung entfalte. Diesen Argumenten kommt sicherlich Berechtigung zu, doch bleibt zunächst noch immer zu bedenken, dass das Strafrecht nicht stets eingreift und dem Schadenersatzrecht bisher auch bei Bestehen von Haftpflichtversicherungen noch eine gewisse Präventivwirkung zukommen könnte, wenn das Prämiensystem entsprechend ausgestaltet wird und der Schädiger daher neben strafrechtlichen Sanktionen zusätzlich mit einer weiteren, für ihn finanziell spürbaren negativen Reaktion auf sein schädigendes Verhalten zu rechnen hat. **8/94**

Vor allem aber vermögen all diese die Prävention betreffenden Argumente einen ganz wesentlichen Einwand gegen den Ausschluss des Rückgriffs und damit **8/95**

133 Siehe *Engelhard,* Shifts of Work-Related Injury Compensation. Background Analysis: The Concurrence of Compensation Schemes, in: Klosse/Hartlief (Hrsg), Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases (2007) 74; *Wagner* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 567 f.

134 Dies hebt auch *Askeland,* Norwegen Rz 2/5 hervor.

135 Siehe Basic Questions I Rz 3/5.

gegen die Haftungsfreiheit des Schädigers nicht auszuräumen: Die Abschneidung des Rückgriffs und damit die endgültige Schadensabdeckung durch die Sozialversicherung führen dazu, dass der verantwortliche Schädiger *nicht einmal* mehr in einem dem Haftungsrisiko entsprechenden Ausmaß die *Kosten für eine Haftpflichtversicherung* zu tragen hat. Soweit er selbst überhaupt eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben sollte, werden bei der Kalkulation der dafür zu zahlenden Prämien wohl nicht mehr jene Schäden berücksichtigt, die ohnehin endgültig – also ohne Rückgriff gegen die Haftpflichtversicherer – von der Sozialversicherung abgedeckt werden, da insofern keinerlei Haftungsrisiko besteht. Dass hingegen bei Kalkulation der Sozialversicherungsbeiträge der Umstand besondere Berücksichtigung findet, dass die Sozialversicherung keine Rückgriffsmöglichkeiten hat und daher alle Personenschäden endgültig tragen muss, erscheint sehr fraglich. Jedenfalls werden die Beiträge zur Sozialversicherung nicht nach den für die Haftpflichtversicherung geltenden Regelungen, sondern nach den sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen bemessen, so dass insofern keine für Haftpflichtversicherungen angemessenen Beiträge, die auf das Schädigungsrisiko abstellen, von den Sozialversicherten geleistet werden.

8/96 Um zu dem sachgerechten Ergebnis zu gelangen, dass der verantwortliche Schädiger – so wie der Arbeitgeber im Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung – zumindest mit den Kosten für die Versicherung des von ihm verwirklichten Haftungsrisikos belastet wird, ist es erforderlich, sich die Funktion eines Sozialversicherers, dem jeglicher Rückgriff gegen den Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung abgeschnitten wird, vor Augen zu halten: Die Sozialversicherung ist – wie *Askeland*[136] hervorhebt und auch für den Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung schon betont wurde[137] – bei dieser Konstruktion in der Sache zugleich auch eine allgemeine, obligatorische *Haftpflichtversicherung* für Personenschäden zugunsten des Schädigers. Es ist jedoch sachlich nicht zu rechtfertigen, dass dem für den Schaden Verantwortlichen jegliche Belastung oder zumindest jede risikoadäquate Belastung, die jener bei einer Haftpflichtversicherung entspricht, abgenommen und diese auf die Allgemeinheit überwälzt wird, da die Sozialversicherung durch Beiträge der Arbeitgeber, durch einkommensabhängige Beiträge der Versicherten und durch den Staat finanziert wird[138]. Damit würde dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit in keiner Weise ausreichend Rechnung getragen.

8/97 Es ist daher erforderlich, für den Bereich der Abdeckung von zurechenbar verursachten Schäden die durch den Regressausschluss geschaffene zweite Funktion

136 *Askeland,* Norwegen Rz 2/7.

137 *Deinert,* Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht (2007) 267 ff; ihm folgend Basic Questions I Rz 2/75; für Japan ebenso *Yamamoto/Yoshimasa* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 340.

138 *Askeland,* Norwegen Rz 2/5.

der Sozialversicherung gesondert zu berücksichtigen und sie auch dementsprechend zu behandeln: Soweit es in der Sache um eine generelle, obligatorische Haftpflichtversicherung zu Gunsten der verantwortlichen Schädiger geht, sind von diesen auch die risikoentsprechenden Kosten zu tragen. Das kann sicherlich nicht dadurch erreicht werden, dass die Sozialversicherungsbeiträge für alle Sozialversicherten, die Beiträge der Arbeitgeber und des Staates etwas erhöht werden, da dadurch – anders als bei der Haftpflichtversicherung – weder die völlig unterschiedlichen Haftungsrisiken der in unterschiedlichem Ausmaß riskanten Tätigkeiten noch die individuellen Haftungsanfälligkeiten berücksichtigt würden. Es ist aber immerhin ein Schritt in die richtige Richtung, wenn etwa in Norwegen im Bereich der Kraftfahrzeug- und der Arbeitgeberhaftpflichtversicherung Beitragszahlungen an den Sozialversicherungsträger vorgesehen werden[139]; dies ist allerdings nicht ausreichend, weil dadurch nicht alle potentiell Haftpflichtigen erfasst werden, die in den Genuss einer »sozialen Haftpflichtversicherung« kommen, sondern nur zwei wichtige Gruppen herausgegriffen werden. Für den Teilbereich der »sozialen Haftpflichtversicherung« wäre jedoch so wie für die vertragliche Haftpflichtversicherung generell eine *risikoabhängige Prämiengestaltung* vorzusehen, um zu gewährleisten, dass die nach den schadenersatzrechtlichen Regeln für Schäden Verantwortlichen einen dem Haftungsrisiko entsprechenden Beitrag zu zahlen haben. Dadurch würde auch eine restliche Präventionswirkung aufrecht erhalten, die dem heutigen konventionellen System entspricht.

Anders ausgedrückt, es ist zu berücksichtigen, dass der Sozialversicherer in Wahrheit zwei unterschiedliche Funktionen übernimmt: Einerseits die traditionelle Schadensversicherung zu Gunsten der Erkrankten und Verletzten; andererseits die *Haftpflichtversicherung* zu Gunsten der Schädiger, die zurechenbar Personenschäden verursachen. Die beiden unterschiedlichen Versicherungsfunktionen erfordern auch unterschiedliche Prämiengestaltungen, um die unterschiedlichen Risken sachgerecht zu berücksichtigen. Dass beide Versicherungsfunktionen von einer Institution übernommen werden, sollte daher die unterschiedlichen Anforderungen an die Prämiengestaltung nicht verändern, da es lediglich um eine Zusammenführung der unterschiedlichen Aufgaben in einer Institution geht. **8/98**

Unter diesen Prämissen wäre der Ausschluss des Rückgriffs des Sozialversicherers gegen den Schädiger und dessen allfälligen Haftpflichtversicherer insofern in keiner Weise mehr bedenklich und brächte lediglich Vorteile dadurch, dass eine zusätzliche Kosten verursachende zweifache Abwicklung vermieden wird. Allerdings wird die Berechnung der Beiträge durch die Sozialversicherungsträger aufwendiger. **8/99**

139 *Askeland,* Norwegen Rz 2/7.

8/100 Zu überlegen wäre, ob es letztlich nicht noch zweckmäßiger und kostengünstiger wäre, zwecks Entlastung der Sozialversicherungsträger mit der »sozialen Haftpflichtversicherung« die Versicherungsunternehmen zu betrauen. Um eine flächendeckende Versicherung wie bei Abdeckung durch die Sozialversicherung zu erreichen, wäre eine obligatorische vertragliche Haftpflichtversicherung für jedermann vorzusehen. Durch die breite Streuung wären auch günstige Tarife zu erreichen. Der Rückgriff der Sozialversicherungsträger gegen die Haftpflichtversicherer könnte durch jährliche Pauschalabgeltungen erfolgen, für die schon erprobte Vorgangsweisen als Vorbild dienen können.

8/101 Da die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Zurechnungsregeln durch dieses System nicht beiseitegeschoben werden, sondern lediglich eine generelle Haftpflichtversicherung vorgesehen würde, wären bei der noch erforderlichen Diskussion über die Einführung einer allgemeinen »sozialen Haftpflichtversicherung« noch einige wesentliche Fragen zu überlegen. Bedeutsam wäre insbesondere, wie weit die *Deckung* durch die Haftpflichtversicherung reichen soll; die heutigen Sozialversicherungen bieten ja keinen vollständigen Ausgleich der Personenschäden; die vertraglichen Haftpflichtversicherungen wiederum sind der Höhe nach stets begrenzt. Behält man dieses System bei, so dient dies zwar der Aufrechterhaltung einer Präventionswirkung, da bei hohen Schäden die Haftung des Schädigers wieder schlagend würde, es führt jedoch andererseits dazu, dass der Schädiger gerade bei besonders umfangreichen Schäden die Ersatzleistung aus dem eigenen Vermögen zu leisten hätte, so dass die Geschädigten gerade bei besonders schweren Schäden das Zahlungsrisiko zu tragen und damit zu rechnen hätten, nicht so selten keinen vollständigen Ersatz zu erhalten. Es würde somit das heutige, doch recht inkonsequente System aufrechterhalten, dass sowohl Schädiger als auch Geschädigte zwar in den geringfügigeren Fällen vollen Schutz erhielten, jedoch dann nicht mehr, wenn sie besonders schwer betroffen sind. Überdies ist zu bedenken, dass eine Begrenzung der Versicherungsleistung der Höhe nach oder auch bezüglich der zu ersetzenden Schäden dazu führt, dass der Geschädigte zusätzlich schadenersatzrechtliche Ansprüche geltendmachen und durchsetzen müsste, um vollständigen Ersatz zu erlangen. Das wäre kein erstrebenswertes System, wie *G. Wagner*[140] zur derart ausgestalteten Arbeitnehmer-Unfallversicherung zu Recht betont: »The bargain offered by workers' compensation systems is to balance a more generous liability rule by rather parsimonious quantum rules and by savings in the form of administrative costs. The balance between these cost items is disturbed, and any savings in administrative costs are wasted if victims are allowed to sue the employer in civil court for complementary damages. In fact, such a two-layered system represents the worst of all worlds because it burdens society with

140 *Wagner* in: Oliphant/Wagner (Hrsg), Employers' Liability 597 f.

the administrative costs not of one but of two sets of compensation mechanisms.« Das – auch für den Geschädigten – kostenintensive Nebeneinander von Versicherungsdeckung und Schadenersatzanspruch könnte nur dann weitgehend vermieden werden, wenn die obligatorische Haftpflichtversicherung zumindest alle – auch immaterielle – Personenschäden abdeckt; Sachschäden würden dann aber noch immer eine gesonderte Geltendmachung erfordern. Problematisch wäre jedoch sicherlich eine unbeschränkte Versicherungsdeckung, doch könnte immerhin durch die generelle Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung eine sehr günstige Versicherung auch für hohe Haftungssummen angeboten werden; darüber hinaus stünde aber nur die freiwillige Höherversicherung offen. Zu prüfen wäre daher, ob eine unbeschränkte Deckung angeboten werden könnte oder zumindest die Deckungssummen so hoch angesetzt werden, dass voraussehbare Schäden jedenfalls noch erfasst wären.

Ferner wäre zu überlegen, wie durch eine *risikoabhängige Prämiengestaltung* **8/102** noch ein dem Schadenersatzrecht eigener Anreiz bestehen bleibt, Schäden zu vermeiden[141]. Schließlich sollte nicht vernachlässigt werden, doch die Möglichkeit teilweisen oder vollständigen Rückgriffs zu eröffnen, wenn die Schutzwürdigkeit des Schädigers nicht mehr gegeben ist, also insbesondere bei vorsätzlicher und besonders rücksichtsloser Schädigung, aber auch dann, wenn der Schädiger Vorteile aus seinem schädigenden Verhalten gezogen hat.

II. Strenge Grenzen und starre Normen oder fließende Übergänge und elastische Regeln?

A. Rechtsvergleichender Rundblick

Nicht alle Länderberichte nehmen umfassend zur strengen Grenzziehung zwi- **8/103** schen den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, zur Unterscheidung zwischen absolut geschützten und nicht geschützten Interessen, zum Alles-oder-Nichts-Prinzip sowie zu den Vorteilen elastischer Regelungen Stellung. Das dürfte wohl auf das Fehlen einer einschlägigen Grundsatzdiskussion zurückzuführen sein. Aber es werden immerhin einige wesentliche Aspekte angesprochen und überdies kommen bei manchen Einzelfragen die Probleme doch zur Sprache; sie werden dementsprechend auch bei diesen erörtert.

141 Dazu *G. Wagner,* Tort Law and Liability Insurance, in: Faure (Hrsg), Tort Law and Economics (2009) 389 ff.

8/104 *Menyhárd*[142] betont für Ungarn die Neigung zu offenen Regeln, die den Gerichten Entscheidungsspielraum lassen, und die Anerkennung eines flexiblen Systems. Er differenziert sehr klar zwischen der Notwendigkeit, die einzelnen Rechtsinstitute klar zu unterscheiden und anderseits der Bejahung fließender Übergänge und von Zwischenstufen. Er hebt auch hervor, dass dem ungarischen Recht die strikte Unterscheidung zwischen absolut geschützten und nicht geschützten Gütern fremd ist, wohl aber auf den Rang der Güter Rücksicht genommen wird. Der »Alles-oder-Nichts-Grundsatz« wird zwar theoretisch anerkannt, praktisch jedoch nicht durchgeführt, vor allem auch durch die Anerkennung von Teilkausalität, also lediglich für bestimmte Teile des gesamten Schadens.

8/105 Für Frankreich betont *Moréteau*[143] jedoch die Neigung zu flexiblen Lösungen, auch was das Ausmaß des Ersatzes betrifft, sowie die Abneigung gegenüber strikten Grenzziehungen, etwa zwischen Vertragsverletzungen und Delikten oder zwischen absolut geschützten und nicht geschützten Interessen, sowie gegenüber Alles-oder-Nichts-Lösungen, was auch zu einer immer stärkeren Befürwortung einer Reduktionsklausel führt[144]. Die Offenheit für Flexibilität ist zwar sicherlich erkennbar, doch steht dem andererseits der Eindruck des ausländischen Betrachters gegenüber, dass es im französischen Recht oftmals an der für flexible Lösungen erforderlichen Bereitschaft zu – anderen Rechtsordnungen durchaus geläufigen – Differenzierungen fehlt. Das gilt insbesondere für das *principe d'équivalence,* das die Gleichbehandlung der verschiedenen Verschuldensarten, der erlittenen Schäden und auch der geschützten Interessen fördert. Das führt dazu, dass »French law is said to assume that any licit interest deserves protection and that all such interests deserve equal protection«[145]. Damit wird zwar eine Gegenposition zur strengen Abgrenzung zwischen absolut geschützten und nicht geschützten Gütern bezogen, die jedoch ebenso starr ist.

8/106 Das norwegische Schadenersatzrecht beruht – wie *Askeland*[146] darlegt – überwiegend auf allgemeinen Grundsätzen, von denen nur wenige in Gesetzen festgehalten sind. Der Gesetzgeber habe ganz bewusst den Gerichten einen sehr großen Entscheidungsspielraum eingeräumt, weil es beim Schadenersatzrecht um »das Recht unerwarteter Ereignisse« gehe und daher nicht stets im Voraus klare Regeln gegeben werden können. Weite Gebiete sind daher durch die Rechtsprechung des Höchstgerichtes, die für die Untergerichte bindend ist, ausgestaltet. Wichtig ist auch die Feststellung: »Grundsätzlich könnte man sagen, dass das norwegische System weitgehend Möglichkeiten herausstellt, Verhältnismäßigkeit zu

142 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/13 ff.
143 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/14 ff.
144 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/11.
145 Siehe dazu *Quézel-Ambrunaz,* Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law, JETL 2012, 21, 39, der sich für eine Lockerung dieses Prinzips ausspricht.
146 *Askeland,* Norwegen Rz 2/12.

erzielen zwischen den Voraussetzungen einer Norm und ihren Auswirkungen.« Überraschenderweise sieht *Askeland*[147] das starre Alles-oder-Nichts-Prinzip als unausweichliche Konsequenz der Verursachungslehre und im norwegischen Recht fest verankert. Das steht allerdings in gewissem Widerspruch zur Existenz einer Reduktionsklausel und zur Berücksichtigung des Mitverschuldens, das zu einer Schadensteilung führt[148].

Ludwichowska-Redo[149] betont, dass im polnischen Recht am Alles-oder-Nichts- **8/107**
Prinzip festgehalten und eine Teilhaftung in Fällen alternativer Kausalität nicht anerkannt wird. Ferner werden weitgehend strikte Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten, aber auch zwischen Vertrag und Delikt sowie zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung anerkannt. *Ludwichowska-Redo* zeigt jedoch auf, dass in der Sache durchaus Zwischenstufen gesehen werden, wie bei der culpa in contrahendo, oder zumindest tatsächlich bestehen, da etwa die Verschuldenshaftung und die Gefährdungshaftung jeweils Abstufungen kennen und sich etwa durch die Objektivierung des Verschuldens einander nähern. In Polen werden schließlich klare, feste Regeln bevorzugt, allerdings – wie etwa in Deutschland – ergänzt durch sehr allgemeine und damit unbestimmte Generalklauseln. Das bewegliche System ist jedenfalls unbekannt und wegen der Schwierigkeit seiner Anwendung dürften seiner Anerkennung erhebliche Hindernisse entgegenstehen.

Vom common law würde der Außenstehende wohl eine systemimmanente Fle- **8/108**
xibilität erwarten, da ja die Einzelentscheidungen keine strikten allgemeinen Regeln vorgeben. *Oliphant*[150] betont jedoch, dass »im common law, wo in erster Linie der Richter, nicht der Gesetzgeber die Rechtsentwicklung bestimmt, es in der Natur der Rechtsordnung liegt, dass dieser Richter bei der Erzeugung, Anwendung und Weiterentwicklung von ›Fallrecht‹ besonderes Gewicht auf Rechtssicherheit legt. Die Lehre vom Präjudiz *(stare decisis)* ist wohl der deutlichste Ausdruck dieser Philosophie.« Das dürfte aber wohl nur bedeuten, dass die einzelfallbezogene Regel möglichst klar zu formulieren ist. Da jedoch durch derartige Regeln kaum ein geschlossenes Gesamtsystem erreicht wird, müsste wohl ausreichend Spielraum bestehen, die Unterschiedlichkeit anderer Fälle und die Unmaßgeblichkeit der bisherigen Entscheidungen herauszuarbeiten und in Weiterentwicklung zu einer abweichenden Regelung zu gelangen. Überdies hebt *Oliphant* hervor, dass häufig ein gewisses Maß an Willkürlichkeit akzeptiert wird, indem eher unbestimmte Regeln aufgestellt werden, und überdies ein flexibles Herangehen feststellbar ist, etwa bei Anerkennung der Teilhaftung bei Mitverantwortung oder bei unsicherer Kausalität sowie die »policy considerations« bei Festlegung von Sorgfaltspflichten.

147 *Askeland,* Norwegen Rz 2/17.
148 *Askeland,* Norwegen Rz 2/18.
149 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/81 ff.
150 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/7; vgl aber auch Rz 5/29.

8/109 Für das US-amerikanische System ist selbstverständlich ebenfalls die Einzelfall-Bezogenheit der Regeln charakteristisch. *Green/Cardi*[151] machen deutlich, warum die Unterschiede, aber auch das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsgebiete kaum erörtert, aber wohl ebenso kaum gesehen werden: »›Obligationenrecht‹ ist im US-amerikanischen Recht kein gebräuchlicher Ausdruck. Im Studium werden das Delikts- und das Vertragsrecht in separaten Lehrveranstaltungen mit eigenen Lehrbüchern von verschiedenen Professoren gelehrt.« Für die Ausbildung eines konsistenten, die gerechte Gleichbehandlung anstrebenden Gesamtsystems ist dies selbstverständlich nicht förderlich und sollte bei einer europäischen Rechtsvereinheitlichung nicht als Vorbild angesehen werden. Der »Alles-oder-Nichts-Grundsatz« hat sich im US-amerikanischen Recht immerhin zunehmend verflüchtigt[152].

B. Schlussfolgerungen

8/110 Was die *Grenzziehung* zwischen den unterschiedlichen *Anspruchsgrundlagen* betrifft, so sind – wie *Menyhárd* gut hervorhebt – die beiden Auffassungen, einerseits diese seien streng durchzuführen, andererseits es bestünden fließende Übergänge, durchaus miteinander vereinbar[153]. Diese Feststellung mag zunächst verblüffen, doch ergibt sich die Vereinbarkeit daraus, dass Verschiedenes angesprochen wird[154]. Einerseits ist wohl nicht zu leugnen, dass die einzelnen Rechtsgebiete oder Rechtsinstrumente teils unterschiedliche Aufgaben erfüllen sollen, teils unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen und dementsprechend auch unterschiedliche Voraussetzungen aufstellen. Insofern ist deren klare Trennung nicht nur sinnvoll, sondern notwendig um die Rechtsordnung als sinnvolles Ganzes begreifen zu können. So verfolgen zwar sowohl das Strafrecht als auch das Schadenersatzrecht und das Recht der Eingriffskondiktionen den Rechtsgüterschutz, jedoch das Strafrecht durch Umsetzung des Präventionsgedankens mittels Androhung von Sanktionen, das Schadenersatzrecht durch die Auferlegung der Pflicht zum Ausgleich des verursachten Schadens und das Bereicherungsrecht durch die Abschöpfung des ungerechtfertigt erlangten Vorteils[155]. Die Schwere der vorgesehenen Rechtsfolgen nimmt in der angegebenen Reihenfolge ab[156]

151 *Green/Cardi,* USA Rz 6/15.
152 *Green/Cardi,* USA Rz 6/22.
153 Siehe Basic Questions I Rz 8/103 ff.
154 Das mag in Basic Questions I nicht ausreichend betont worden sein, es wird aber immerhin in Rz 1/22 angesprochen.
155 Basic Questions I Rz 2/84, 49 und 25 f.
156 Dazu, dass die Herausgabe unzulässig erlangter Vorteile die geringste Belastung bedeutet siehe Basic Questions I Rz 2/27.

und dementsprechend werden auch die Voraussetzungen geringer und reichen von der subjektiven Vorwerfbarkeit genau umschriebener schwerwiegender Eingriffe in geschützte Güter bis zur bloß objektiven Verwirklichung des Eingriffs in fremde Güter, ohne dass es auf Verschulden oder auch nur Sorgfaltswidrigkeit ankäme. Ebenso kann innerhalb des Schadenersatzrechts im Kern sehr klar die an ein Fehlverhalten anknüpfende Verschuldenshaftung von der die erlaubte Verwendung einer Quelle hoher Gefahr voraussetzenden Gefährdungshaftung unterschieden werden[157]. Die Zurechnungsgründe sind daher ganz unterschiedlich und dementsprechend dient die Verschuldenshaftung der ausgleichenden Gerechtigkeit, die Gefährdungshaftung hingegen der austeilenden. Wegen dieser notwendigen klaren Trennbarkeit sollten aber nicht die Augen davor verschlossen werden, dass sich *Zwischenformen* schon herausgebildet haben[158] und selbstverständlich auch noch weitere geschaffen werden können, wobei dann die Frage entsteht, ob und wie die Regelungen der Rechtsgebiete, zwischen denen die Mischform angesiedelt ist, zu kombinieren sind, um ein konsistentes Gesamtsystem zu bilden. Dass es derartige Zwischenformen gibt, kann man wohl in den meisten Rechtsordnungen nachweisen und wird etwa im Ergebnis auch für den Bereich Verschuldens-/Gefährdungshaftung anerkannt[159]. Insofern sollte wohl Übereinstimmung erzielt werden können.

Dass die im deutschen Recht vertretene starre Unterscheidung zwischen *absolut geschützten und nicht geschützten Interessen*[160] vor allem im französischen Recht[161] aber auch in so mancher anderen Rechtsordnung[162] keine Anerkennung findet, ist verständlich, da es in Wahrheit kein völlig uneingeschränkt geschütztes Interesse gibt und andererseits auch kein rechtlich anerkanntes Interesse, das überhaupt keinen Schutz genießt, auch nicht gegenüber vorsätzlicher oder gar sittenwidriger Schädigung; so genießen auch rein ökonomische oder ideelle Interessen immerhin eingeschränkten Schutz. Andererseits ist es aber auch nicht erstaunlich, dass dem französischen *principe d'équivalence* in den anderen Rechtsordnungen mit ganz erheblicher Skepsis begegnet wird, da es doch ganz offensichtlich ist, dass alle Rechtsordnungen eine Hierarchie der rechtlich anerkannten und geschützten Interessen kennen[163]. Der unterschiedliche Rang kommt **8/111**

157 Basic Questions I Rz 1/21.
158 Zum Zwischenbereich zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung Basic Questions I Rz 6/188, zu jenem zwischen Vertragsverletzung und Delikt Basic Questions I Rz 4/1 ff.
159 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/10, 119; ferner *B. A. Koch/Koziol,* Comparative Conclusions, in: B. A. Koch/Koziol (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002) 395 ff, 432 ff.
160 Dazu Basic Questions I Rz 1/24.
161 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/16.
162 Siehe etwa *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/16; *Yamamoto,* Japan Rz 7/20 und 84.
163 Die PETL sehen in Art 2:102 auf Grund der rechtsvergleichenden Erkenntnisse eine Rangfolge der geschützten Interessen vor; vgl die Erläuterungen zu dieser Regelung in *European Group on Tort Law* (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 30 ff.

etwa schon darin zum Ausdruck, dass die grundlegenden Rechte in internationalen Menschenrechtskonventionen verankert wurden, verfassungsrechtlich werden in so gut wie allen Staaten Grundrechte der Person festgeschrieben, ferner zeigt das Strafrecht ganz deutlich, dass die Güter unterschiedlichen Schutz genießen und nicht zuletzt differenziert sehr häufig auch das Privatrecht bei der Gewährung von Abwehrrechten. Das wird auch in Frankreich – teils verdeckt, teils offen – immer stärker zur Kenntnis genommen und diese Erkenntnis schlägt sich auch schon in Reformvorschlägen nieder[164]. Die in fast allen Rechtsordnungen verbreitete Ansicht, dass der Schutz von Interessen verschiedenen Ranges unterschiedlich auszugestalten ist und daher etwa auch Sorgfaltspflichten intensiver oder weniger streng sein können, sollte daher heute kaum mehr auf ernsthaften Widerstand stoßen.

8/112 Schwieriger ist es wohl, bezüglich der Geltung oder Nichtgeltung des *»Alles-oder-Nichts-Prinzips«* Einvernehmen herzustellen. Zwischen dem französischen und dem norwegischen Recht scheint ein unüberbrückbarer Gegensatz zu bestehen; das dürfte jedoch letztlich in der Sache nicht ganz stimmen. So gilt der Grundsatz der Schadensteilung bei Mitverantwortung des Geschädigten heute wohl schon in allen Rechtsordnungen[165]. Ferner besteht auch in Norwegen eine Reduktionsklausel, obwohl sonst das Alles-oder-Nichts-Prinzip verfochten wird. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die durch die Adäquanz und den Schutzzweck der Norm gezogenen Zurechnungsgrenzen, die weitgehend anerkannt sind, im Ergebnis zu einem umfangreicheren oder engeren Ersatz des Schadens führen können. Andererseits wird in Österreich die Abstufung des Ersatzes nach dem Grad des Verschuldens heutzutage de lege ferenda abgelehnt und findet sich in den Reform-Entwürfen nicht mehr. Man kann daher wohl sagen, dass der vollständige Ersatz bei Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen heute zwar allgemein anerkannt ist, allerdings innerhalb der Eingrenzungen durch Adäquanz und Schutzzweck, unter Berücksichtigung der Mitverantwortung des Geschädigten und vielfach unter Anerkennung einer Reduktionsklausel; insofern bestehen heute kaum mehr Zweifel, dass ganz erhebliche Abweichungen vom Alles-oder-Nichts-Grundsatz gelten.

8/113 Die zutreffende Fragestellung lautet daher ihrerseits nicht starr, ob der Alles-oder-Nichts-Grundsatz anerkannt werden soll oder nicht, sondern in welchem Maße ihm Geltung zukommen soll und wann Abweichungen sachgerecht sind. Die Antwort hängt mit gegenläufigen Grundanliegen der Rechtsordnungen und deren optimaler Umsetzung zusammen: Einerseits geht es um die *Rechtssicherheit,* anderseits um die Einzelfallgerechtigkeit. Die Rechtssicherheit leidet ohne Zweifel dann, wenn der Umfang des erzielbaren Ersatzes nicht vorhersehbar ist,

164 Dazu *Quézel-Ambrunaz,* JETL 2012, 24 ff.
165 Basic Questions I Rz 6/204; ferner *Yamamoto,* Japan Rz 7/807 ff.

weil er von zu vielen, nicht genügend präzise umschreibbaren Voraussetzungen abhängt, deren Bejahung oder Verneinung damit zwangsläufig in erheblichem Maße dem Ermessen des Richters anheimgestellt ist. Die *Einzelfallgerechtigkeit* wiederum leidet unter starren Grenzziehungen, die dazu führen, dass geringfügige Unterschiede darüber entscheiden, ob voller Ausgleich des Schadens oder keinerlei Ersatz erlangt wird. Hervorzuheben ist dabei aber auch, dass ebenso die Rechtssicherheit in Mitleidenschaft gezogen wird, da kaum vorhersehbar ist, ob nach Ansicht des Gerichts der maßgebende Umstand noch diesseits oder schon jenseits der Grenze gesehen wird. Diese Unsicherheit wird ganz generell durch die im common law geltende Beweismaßregel[166] gefördert, die auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit abstellt und damit die Entscheidung davon abhängig macht, ob die nicht exakt bemessbare Wahrscheinlichkeit mit 49 oder 51 % angesetzt wird; doch damit wird ein allgemeines Beweisproblem und nicht ein spezifisches materiellrechtliches Schadenersatzproblem angesprochen.

Strittig ist, ob neben den erwähnten, immerhin weitgehend anerkannten Abweichungen vom Alles-oder-Nichts-Prinzip, nämlich bei Mitverschulden, den Eingrenzungen durch Adäquanz und Normzweck sowie der in Ausnahmsfällen greifenden Reduktionsklausel, noch andere akzeptiert werden sollten. Der harte Kern der Meinungsverschiedenheit bei der Alles-oder-Nichts-Diskussion liegt wohl hauptsächlich im Bereich der unsicheren Kausalität. Weder ein Kompromiss noch die erfolgreiche Überzeugung der jeweiligen »Gegner« erscheint derzeit in Sicht; darauf wird unten noch näher eingegangen (siehe Rz 8/214 ff). Dass Teilersatzlösungen fast ausschließlich für den Bereich der potentiellen Kausalität und nicht der Rechtswidrigkeit oder des Verschuldens geführt werden, liegt wohl daran, dass in den Kausalitätsfällen die in Betracht kommenden Täter jedenfalls in zurechenbarer Weise, nämlich sorgfaltswidrig und schuldhaft, eine in hohem Maße konkret gefährliche Handlung gesetzt haben und damit zumindest für die Unaufklärbarkeit der Ursächlichkeit verantwortlich sind. Geht es jedoch um die Feststellung der Sorgfaltswidrigkeit oder des Verschuldens, so steht noch nicht einmal fest, dass den Belangten überhaupt ein Vorwurf gemacht werden kann, es kann ihnen daher auch nicht die zurechenbare Herbeiführung einer Unaufklärbarkeit vorgeworfen werden, die sie wertungsmäßig belasten könnte. **8/114**

Was die Frage betrifft, ob *starre,* feste oder *elastische Regelungen* vorzuziehen sind, so bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten etwa zwischen Frankreich, Norwegen, Polen und Österreich einerseits, Deutschland andererseits. Es scheint aber immerhin als erster Schritt das Einverständnis über einen Mittelweg erzielbar. Damit meine ich freilich nicht das von mir bevorzugte bewegliche **8/115**

166 Dazu *R. W. Wright,* Proving Facts: Belief versus Probability, in: Koziol/B.C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 79 ff.

System[167]; diesbezüglich bestehen wegen der vermeintlichen Schwierigkeit der Handhabung noch allzu viele Bedenken und wäre noch sehr viel Überzeugungsarbeit zu leisten.

8/116 Wie oben in den Vorbemerkungen (Rz 8/46 ff) schon dargelegt, führen – das deutsche Beispiel zeigt es – *starre* Regeln fast zwangsläufig dazu, dass diese keine Anpassung an neue Gegebenheiten erlauben und die Gerichte in die Generalklauseln flüchten sowie die festen Regeln zu umgehen versuchen, was gerade nicht zur beabsichtigten Rechtssicherheit führt, sondern dazu, dass die Entscheidungen unvorhersehbar und nicht nachvollziehbar werden. Andererseits führen *Generalnormen,* wie sie das französische und österreichische Recht kennen, dazu, dass wegen zu geringer Bestimmtheit den Gerichten keine ausreichenden Leitlinien vorgegeben werden. Zwischen diesen beiden Extremen wäre wohl zumindest der Mittelweg konsensfähig, dass zwar elastischere Normen formuliert werden, diese aber durch die Angabe der für die Konkretisierung maßgebenden Faktoren angereichert werden. Damit wäre eine möglichst weitgehende Berücksichtigung der einander gegenüberstehenden Grundanliegen erreicht, nämlich der Erzielung von Rechtssicherheit durch Klarheit und Bestimmtheit, sowie der ausreichenden Elastizität für die Erreichung sachgerechter Entscheidungen von Einzelfällen. Zumindest dieser Mittelweg wäre erforderlich für Normen, die der Vereinheitlichung oder Harmonisierung dienen sollen, da sonst bei offenen, unbestimmten Regelungen wegen der unterschiedlichen nationalen Rechtskulturen ein Auseinanderdriften der Anwendung in den einzelnen Ländern zu befürchten ist.

8/117 Hinzuweisen ist allerdings auf folgende Schwierigkeit, die wohl vielfach der Grund dafür ist, dass starre Normen erlassen werden und nicht elastische Regeln: Die Formulierung der elastischen, allgemeineren Bestimmungen setzt voraus, dass der Normsetzer Klarheit gewonnen hat, welche Grundgedanken und welche Wertungen für den Regelungsbereich maßgebend sind; nur dann können auch die zu berücksichtigenden Faktoren angegeben werden, die als Wegweiser für die Konkretisierung dienen können. Diese Mühe scheuen die kontinentaleuropäischen Gesetzgeber, die meist lediglich die Regelung eines bestimmten aktuellen Problems im Auge haben und nicht ein konsistentes Gesamtsystem. Im common law kommt noch hinzu, dass die Gerichte an sie herangetragene konkrete Fälle zu entscheiden haben und nicht die Aufgabe haben, ein System allgemeiner Regeln zu entwickeln – auch wenn sie diese Grundgedanken bei der Entscheidung beachten sollten.

167 Oben Rz 8/60 ff, sowie Basic Questions I Rz 1/28 ff.

Teil 2 Das Schadenersatzrecht im Gefüge des Rechtsgüterschutzes

I. Der Begriff »Schadenersatzrecht«

In der deutschen Version der »Grundfragen des Schadenersatzrechts« wird im Titel des 2. Kapitels vom *»Schadenersatzrecht«* im Gefüge des Rechtsgüterschutzes gesprochen. Trotz aller Unsicherheiten betreffend die Bedeutung dieses Begriffs[168] steht immerhin fest, dass es um jene Regelungen geht, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ein Geschädigter den Ausgleich des ihm zugefügten Schadens begehren kann. Fraglich kann allerdings sein, ob damit nur der außervertragliche oder auch der vertragliche Schadensausgleich angesprochen wird. **8/118**

In der englischen Version, den »Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective« trägt das 2. Kapitel den Titel »The law of damages within the system for the protection of rights and legal interests«; es wird somit nicht so wie im Titel des Buches vom »tort law« gesprochen. Damit wurde versucht, den im »Preface« des Buches angesprochenen Übersetzungsschwierigkeiten Rechnung zu tragen und möglichst klarzustellen, dass es um jenen Regelungsbereich gehen soll, der im Deutschen mit »Schadenersatzrecht« umschrieben wird und der den *Ausgleich verursachten Schadens* betrifft. Der Ausdruck »tort law« wurde vermieden, da der von ihm erfasste Bereich doch erheblich weiter gezogen ist und daher gerade nicht geeignet ist, die angesprochene Thematik – die auf den Schadensausgleich abstellt – klar zu umreißen: Das law of torts umfasst ja nicht nur die »true torts«, die als Rechtsfolge »damages« vorsehen[169], sondern auch torts, die keinen Schaden voraussetzen und demnach auch nicht dessen Ausgleich vorsehen, oder die zu Ansprüchen auf Eigentumsherausgabe, Unterlassung oder Gewinnabschöpfung führen. Überdies haben von den »damages« nur die »compensatory damages« – die allerdings den Schwerpunkt bilden[170] – den Schadensausgleich zum Ziel, hingegen nicht die gain-based[171], restitutionary, die exemplary oder punitive, die nominal sowie die contemptuous damages[172]. Nur das Recht jener torts, die compensatory **8/119**

---

168 Dazu näher *Koziol,* Schadenersatzrecht und Law of Torts. Unterschiedliche Begriffe und unterschiedliche Denkweisen, Magnus-FS (2014) 61 ff, und oben Rz 8/29.

169 *Heuston/Buckley,* Salmond and Heuston on the Law of Torts[21] (1996) 8.

170 Siehe *Green/Cardi,* USA Rz 6/23.

171 Zu diesen siehe *Weinrib,* Corrective Justice (2012) 117 ff.

172 Siehe dazu *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/45 ff; *Green/Cardi,* USA Rz 6/23; *Magnus,* Comparative Report on the Law of Damages, in: Magnus (Hrsg), Unification of Tort Law:

damages vorsehen, entspricht daher dem Schadenersatzrecht in den deutschsprachigen aber auch darüber hinaus in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

8/120 In diesem Kapitel geht es daher um die Stellung gerade der auf den Ausgleich verursachten Schadens gerichteten Haftungsregelungen im Gesamtgefüge der auf andere Rechtsfolgen gerichteten Normen des Rechtsgüterschutzes, wie etwa jener betreffend die Unterlassungsansprüche, Beseitigungsansprüche, die Ansprüche auf die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung, die Gewinnherausgabeansprüche, das Sozialversicherungsrecht und die Ansprüche gegen Entschädigungsfonds[173], insbesondere bei Katastrophen[174] und auch Terroranschlägen[175]. Das ist deshalb wesentlich, da gerade auch das Ziel verfolgt wird, das Verhältnis zwischen Rechtsfolgen und Anspruchsvoraussetzungen aufzuzeigen.

II. Rechtsvergleichender Rundblick

8/121 Einerseits führt die schon oben (Rz 8/29) angesprochene *Isolation* des law of torts und die Spezialisierung der Wissenschaftler auf dieses Rechtsgebiet im common-law-Bereich ganz offenkundig zu einer Vernachlässigung der umliegenden Schutzmechanismen und damit auch des funktionsgerechten Zusammenspiels der verschiedenen Rechtsgebiete mit ihren unterschiedlichen Rechtsbehelfen. Andererseits fördert die Zusammenfassung ganz unterschiedlicher torts, die abweichende Voraussetzungen und höchst unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, sicherlich nicht die Herausarbeitung der Gemeinsamkeiten der etwa 70 verschiedenen torts[176].

8/122 Es kann aber wohl auch eine aus sonstigen Gründen erfolgende Konzentration auf das Schadenersatzrecht einen *Verlust der Gesamtsicht* auf den Rechtsgüterschutz mit sich bringen; vielleicht liegt darin auch eine der Ursachen dafür, dass der schadenersatzrechtliche Fachsenat des deutschen Bundesgerichtshofs im

---

Damages (2001) 185; *W. V. H. Rogers,* Winfield and Jolowicz on Tort[18] (2010) Rz 1.2; vgl ferner *Koziol,* Magnus-FS 68 f.

173 Zu diesen ausführlich und um systematische Erkenntnisse bemüht *Knetsch,* Haftungsrecht und Entschädigungsfonds (2012); die Arbeit behandelt das deutsche und das französische Recht.

174 Siehe dazu *Faure,* Financial Compensation in Case of Catastrophes: A European Law and Economics Perspective, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 2, sowie die Berichte in: *Faure/Hartlief* (Hrsg), Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach (2006).

175 Dazu etwa *B. A. Koch/Strahwald,* Compensation Schemes for Victims of Terrorism, in: B. A. Koch (Hrsg), Terrorism, Tort Law and Insurance. A Comparative Survey (2004) 260 ff.

176 *Oliphant,* General Overview, England and Wales, in: Winiger/Koziol/B. A. Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (2011) 1/12 Rz 1; vgl ferner *Koziol,* Magnus-FS 74 f.

Caroline-Fall das Recht der Eingriffskondiktionen aus dem Auge verloren hatte und das Schadenersatzrecht funktionswidrig für die Abschöpfung eines erlangten Vorteils missbraucht hat. Die Länderberichte – bis auf den französischen[177] – lassen jedenfalls auch über den common-law-Bereich hinaus vermuten, dass dem *Zusammenwirken* von verschiedenen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen, die entsprechend ihren unterschiedlichen Aufgaben verschiedene Voraussetzungen und unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, ganz allgemein zu geringe Aufmerksamkeit geschenkt wird. Das führt eindeutig nicht nur zu einer Vernachlässigung der Unterschiedlichkeit der Ansprüche und deren sachgerechten Zusammenspiels, sondern auch zu Gerechtigkeitsdefiziten, da wertungsmäßig Unterschiedliches gleich und Gleiches unterschiedlich behandelt wird, so dass es letztlich zu sachwidrigen Entscheidungen kommt.

Ein vom Gerechtigkeitsgedanken her fast selbstverständliches Grundanliegen[178], nämlich die *Abstimmung der Voraussetzungen mit den Rechtsfolgen* in der Art, dass die Voraussetzungen umso gewichtiger sein müssen, je schwerwiegender die Rechtsfolgen ausfallen, erfährt im *englischen Recht* für das Gesamtsystem des Rechtsgüterschutzes überraschend wenig Berücksichtigung, obwohl für das Schadenersatzrecht selbst der Grundsatz betont wird, dass »jede Haftung, die auferlegt wird, im Verhältnis zur Schwere seines Verhaltens stehen soll«[179]. So rechnet *Oliphant*[180] zutreffender Weise mit dem Erstaunen der Kontinentaleuropäer darüber, dass nach englischem Recht das law of torts das wichtigste Werkzeug für die Rückerlangung abhanden gekommener Sachen ist. Das common law hat es verabsäumt, einen der rei vindicatio entsprechenden Rechtsbehelf zu entwickeln; lediglich über den Tatbestand der »conversion« wird dem Eigentümer dann, wenn seine Rechte missachtet werden, ein Rückgabeanspruch verschafft[181]. Da die kontinentaleuropäische Eigentumsklage keiner weiteren Voraussetzungen bedarf als das Eigentum des Klägers und die objektiv fehlende Berechtigung des Beklagten zur Innehabung, scheint in den Voraussetzungen ein ganz erheblicher Unterschied zum englischen Anspruch wegen conversion zu bestehen, wenn dieser dem law of torts zugeordnet wird. Der Unterschied ist jedoch nicht ganz so groß wie es zunächst scheint, da das Delikt »conversion« kein Verschulden erfordert, sondern Rechtswidrigkeit in dem Sinne genügt, dass durch das Verhalten des Beklagten das Eigentumsrecht des Klägers missachtet wird. Das führt allerdings auf der anderen Seite wieder zu einem eklatanten Gegensatz zum kontinentalen Recht, da der Beklagte ohne Verschulden einerseits wie ein Versicherer für den Untergang 8/123

177 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/3 ff; Rz 1/21 ff.
178 Basic Questions I Rz 2/95.
179 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/63.
180 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/34 ff.
181 Siehe dazu ausführlicher *Rogers,* Winfield and Jolowicz on Tort[18] Rz 17.6 ff.

der Sache einzustehen hat[182] und andererseits auch für die Folgeschäden der Eigentumsverletzung. Die dem Kontinentaleuropäer unangemessen erscheinende Unterwerfung der Herausgabeansprüche unter das »law of torts« führt daher dazu, dass einerseits die Voraussetzungen für den reinen Herausgabeanspruch viel zu hoch angesetzt erscheinen, andererseits für die Folgeschäden und für den Untergang der Sache erheblich zu niedrig.

8/124 Bei den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, die im common law ebenfalls dem »law of torts« zugeordnet[183] werden, wird demgegenüber vielfach berücksichtigt, dass es um eine regelmäßig geringer belastende Rechtsfolge als bei den auf Ausgleich ausgerichteten Schadenersatzansprüchen geht: Von der überwiegenden Auffassung wird für die Gewährung von injunctions kein Verschulden verlangt[184]. Das Verhältnis zu den Eingriffskondiktionen, die auch einen weniger belastenden Rechtsbehelf darstellen, und das Zusammenwirken mit diesen scheint in England hingegen nicht eingehend überlegt worden zu sein[185].

8/125 Wesentlich geringere Rechtsfolgen unter den meist doch schwerwiegenden Voraussetzungen des law of torts sieht das englische Recht mit den nominal damages vor[186]: Mit ihnen soll nur ausgedrückt werden, dass die Rechte des Klägers verletzt wurden, obwohl kein Vermögensschaden verursacht wurde. Sie könnten daher als eine Art Naturalersatz in Fällen verstanden werden, in denen lediglich ideelle Nachteile eintraten[187]. Andererseits finden im law of torts auch punitive damages und andere Rechtsfolgen, die über den Schadensausgleich weit hinausgehen und teils Strafcharakter haben, ihre Heimat[188], so dass die Grenze zum Strafrecht überschritten erscheint. Bemerkenswert daran ist einerseits, dass es damit zur Verhängung von Strafen und damit sehr schwerwiegenden Rechtsfolgen kommt[189], ohne dass die vom Strafrecht und Strafprozessrecht vorgesehenen besonderen Erfordernisse für relevant erachtet werden, etwa bezüglich des Grundsatzes nulla poena sine lege oder der Beweislast; es liegt sogar der Verdacht nahe, dass die Tarnung als schadenersatzrechtlicher Anspruch gerade den Zweck hat, die engeren strafrechtlichen Vorgaben zu umgehen. Andererseits führt die Eingliederung in das Privatrecht dazu, dass die Strafe nicht dem Staat zufällt, sondern dem Kläger, für den dies – da er erheblich mehr als den Ausgleich des Schadens erhält – einen privatrechtlich nicht zu rechtfertigenden Glücksfall bedeutet.

182 *Rogers,* Winfield and Jolowicz on Tort[18] Rz 17.8.
183 Dazu *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/39 ff.
184 Siehe *Lunney/Oliphant,* Tort Law. Text and Materials[5] (2013) 637.
185 Dazu *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/39 ff.
186 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/50.
187 Dazu *Koziol,* Concluding Remarks on Compensatory and Non-Compensatory Remedies, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (2011) Rz 22/19 ff.
188 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/45 ff.
189 Vgl dazu *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/52.

Für das Verständnis des Gesamtsystems im common law, vor allem für die Übertragung von Straffunktionen an das Privatrecht, könnte die Tatsache bedeutsam sein[190], dass dem Strafrecht ein verhältnismäßig geringer Anwendungsbereich zukommt und es vor allem nicht leicht- oder auch grobfahrlässiges Handeln erfasst; überdies kommt dem Verwaltungsstrafrecht keine so große Bedeutung zu wie in Kontinentaleuropa. **8/126**

Was die Sozialleistungen betrifft, so weist *Oliphant*[191] für England und die Commonwealth Länder auf das Zusammenspiel zwischen law of torts und workers' compensation Systemen hin, die insbesondere in Großbritannien in einem allgemeinen sozialen Wohlfahrtssystem aufgegangen sind. Seit 1989 kommt es nicht mehr zu einer Doppelbefriedigung, was eher durch einen Abzug der Sozialleistung vom Schadenersatz erreicht wird, als durch selbständigen Rückgriff gegen den Schädiger. **8/127**

Für die *USA* bezweifeln *Green/Cardi*[192], dass das Strafrecht in ausreichendem Maße Präventionswirkung entfalten kann, insbesondere soweit es um die durch Gesellschaften verursachte Masseschäden geht. Dementsprechend befürworten *Green/Cardi*[193] – ähnlich wie *G. Wagner*[194] – zumindest für den Bereich, in dem die dem Ausgleich dienenden Schadenersatzansprüche ebenfalls versagen, eine Abwandlung von punitive damages, die sie als »incentive-enhancing damages« bezeichnen möchten. Die Zitierung des berüchtigten Caroline-Falles zeigt allerdings auch, dass *Green/Cardi* so wie der deutsche Bundesgerichtshof das funktionsgerechte Zusammenspiel von Schadenersatz- und Bereicherungsrecht nicht stets berücksichtigen. Sie heben allerdings hervor, dass die Klage auf »restitution«, die auf die Abschöpfung der ungerechtfertigten Bereicherung gerichtet ist, anders als nach dem law of torts, kein Fehlverhalten voraussetzt[195]; es wird somit dem sachgerechten Verhältnis zwischen Rechtsfolge und Voraussetzungen Rechnung getragen. Hingegen wird die in den Basic Questions I[196] angesprochene systemgerechtere Variante von Strafzahlungen, die bis auf einen die Bemühungen des Klägers abdeckenden Betrag an die öffentliche Hand oder Sozialinstitutionen abzuführen sind und für die im Verfahren die strafrechtlichen Grundsätze ausreichend Beachtung finden, nicht in Erwägung gezogen. Insofern können die berechtigten Hinweise von *Green/Cardi* auf Schutzlücken noch nicht davon überzeugen, dass **8/128**

---

190 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/52.
191 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/13 ff.
192 *Green/Cardi,* USA Rz 6/27.
193 *Green/Cardi,* USA Rz 6/36.
194 *G. Wagner,* Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006) 451 ff; *derselbe,* Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht, Koziol-FS (2010) 951 ff.
195 *Green/Cardi,* USA Rz 6/50.
196 Basic Questions I Rz 2/62.

im Schadenersatzverfahren derartige Strafen dem Kläger zugesprochen werden dürfen[197].

8/129 Das *norwegische Recht* bildet offenbar insofern eine Zwischenstufe zwischen dem common law und den Rechtsordnungen mit umfassenden Kodifikationen, als nur gesetzliche Teilregelungen vorhanden sind. Von höchstem Interesse ist dabei, dass die Gerichte ihre Aufgabe doch recht unterschiedlich zu den common-law-Gerichten verstehen: Wie *Askeland*[198] hervorhebt, sind die Gerichte »bereit, allgemeine Prinzipien des Privatrechts aufzustellen und weiterzuentwickeln, um die gerichtlich anhängigen Fälle zu lösen.« Das steht in klarem Gegensatz zu der von *Green/Cardi* betonten ausgeprägten Einzelfallbezogenheit. Die norwegischen Gerichte bemühen sich somit – wie *Askeland* unterstreicht – um die Entwicklung eines konsistenten Gesamtsystems; damit fördern sie die Gerechtigkeit durch Beachtung des Prinzips der Gleichbehandlung und zugleich auch die Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen. *Askeland*[199] sagt daher zu Recht: »Die norwegische Vorgangsweise kann nach *van Dam* wahrscheinlich irgendwo zwischen dem deutschen systemorientierten Rechtsdenken und der pragmatischeren englischen Fallrechtsmethode angesiedelt werden.«

8/130 Dementsprechend kann *Askeland*[200] auch davon berichten, dass in Norwegen das Bemühen erkennbar ist, die einzelnen Rechtsgebiete und Rechtsinstrumente von einander abzugrenzen, funktionsgerecht einzusetzen und die Anspruchsvoraussetzungen entsprechend der Schwere der Rechtsfolge abzustufen[201]. Es werden etwa die Rechtsinstrumente der rei vindicatio, der Unterlassungsansprüche und der actio Pauliana außerhalb des Schadenersatzrechts anerkannt. Es wird ferner auch zwischen der Abdeckung des Schadens mit schadenersatzrechtlichen Mitteln und der Abschöpfung ungerechtfertigt erlangter Vorteile unterschieden, auch wenn das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung noch nicht klar und umfassend ausgebildet ist. Höchst bemerkenswert ist, dass sich im norwegischen Recht unter Beachtung präventiver Überlegungen ein Rechtssatz ausgebildet hat[202], den vor allem *Wilburg*[203] in Fortentwicklung des Bereicherungsrechts für das österreichische und deutsche Recht vorgeschlagen hat: Wer bewusst fremde Güter ohne Berechtigung zum eigenen Nutzen verwendet, hat dafür ein angemessenes Entgelt zu zahlen. Den Präventionsgedanken beachtet das österreichische ABGB

197 Auf diese Schwierigkeit weist auch *Green/Cardi,* USA Rz 6/27 ff, kurz hin.
198 *Askeland,* Norwegen Rz 2/15.
199 *Askeland,* Norwegen Rz 2/15.
200 *Askeland,* Norwegen Rz 2/20.
201 So setzen die Unterlassungsansprüche nur voraus, dass dem Kläger ein geschütztes Recht zusteht und dieses bedroht wird; *Askeland,* Norwegen Rz 2/24.
202 *Askeland,* Norwegen Rz 2/19.
203 Siehe Basic Questions I Rz 2/31.

noch zusätzlich dadurch, dass es die Zahlung des höchsten am Markt erzielbaren Preises vorsieht (§ 417 ABGB).

Das norwegische Recht[204] berücksichtigt weiters den primären Kompensationszweck des Schadenersatzrechts, zunehmend auch im Bereich der immateriellen Schäden, und demgegenüber den primären Präventionszweck des Strafrechts, wobei auch die grundsätzliche Unterscheidung der Aufgaben des öffentlichen und des privaten Rechts eine Rolle spielt; dementsprechend hat das Höchstgericht bisher auch keine punitive damages zugesprochen. **8/131**

Wie schon oben erwähnt (Rz 8/74), spielt in Norwegen im Bereich der Personenschäden der Solidaritätsgedanke eine entscheidende Rolle, was zu einer großzügigen Ausgestaltung der Sozialleistungen geführt und das Schadenersatzrecht in diesem Bereich in den Hintergrund gerückt hat. **8/132**

In seinem Beitrag zum *französischen* Recht anerkennt *Moréteau*[205] die Notwendigkeit, die unterschiedlichen Ansprüche des öffentlichen und privaten Rechts sowie deren jeweilige spezifischen Aufgaben und Voraussetzungen klarzustellen. Aus der besonderen Betonung des Zieles, dem Geschädigten Kompensation zu verschaffen[206], erklärt sich einerseits, dass die Prävention anderen Rechtsgebieten überlassen wird[207]. Damit versteht es sich auch, dass die Minderung der Präventionswirkung durch die Haftpflichtversicherungen nicht bedauert wird, sondern vor allem die Vorteile für den Geschädigten hervorgehoben werden. Eine konsequente Folge der Betonung der Ausgleichsfunktion ist schließlich die Ablehnung von punitive damages, wobei insbesondere auch darauf hingewiesen wird, dass in den europäischen Rechtsordnungen erheblich weniger Bedarf an einem solchen Rechtsinstrument besteht als in den USA, deren Rechtsordnung eher Lücken in der Schadensprävention aufweist[208]. Sehr viel für sich hat auch der französische Weg, durch Förderungsmaßnahmen zu erreichen, dass fast jedermann gegen Katastrophenschäden versichert ist[209]; dadurch wird erreicht, dass die eher willkürlich anmutende Entscheidung über eine staatliche Entschädigung in jedem einzelnen Katastrophenfall vermieden wird, die Opfer auch dann, wenn sie die einzigen Leidtragenden sind[210], Entschädigung erhalten und überdies die Opfer die Versicherungskosten mittragen. **8/133**

204 *Askeland,* Norwegen Rz 2/32.
205 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/20 ff.
206 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/1 ff, 20.
207 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/7, 51.
208 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/46 ff.
209 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/56 ff; siehe auch *Moréteau,* Policing the Compensation of Victims of Catastrophes: Combining Solidarity and Self-Responsibility, in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 210 ff.
210 Auf die Problematik der Differenzierung zwischen Katastrophenfällen und Schädigung einzelner Personen sowie kleiner Personenkreise bei der Katastrophenhilfe machen etwa *Faure/Hartlief,* Introduction, in: Faure/Hartlief (Hrsg), Financial Compensation for Victims

8/134 *Moréteau* zeigt ferner zwar auf, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Rechtsfolgen und Voraussetzungen vielfach berücksichtigt wird, etwa im Schadenersatzrecht selbst[211], aber auch zwischen Beseitigungs-, Bereicherungs- und Schadenersatzansprüchen[212], oder bei geringfügigen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen, die mit »nominal damages« oder der Veröffentlichung einer Erklärung ausgeglichen werden[213], meint dann aber, dass dieser Grundsatz »in einer Welt sinnvoll erscheinen mag, in der die meisten menschlichen und sozialen Beziehungen von traditionellen ›Zivilgesetzbuch‹-Instrumenten kontrolliert werden. In einer komplexen Gesellschaft, die immer wieder Elemente von Privatrecht und öffentlichem Recht kombiniert und als Schlüsselelement des Gemeinwohls soziale Solidarität fördert, setzen sich pragmatische Ansätze über dogmatische Auffassungen hinweg«[214]. Dem ist entgegenzuhalten, dass es gerade die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, sich um die wertungsgerechte Folgerichtigkeit des Rechts und dessen Handhabung zu bemühen und damit dem Grundanliegen der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Es ist ferner der auch im common law[215] oft betonten Existenz eines Gegensatzes von pragmatischen und dogmatischen Lösungen zu widersprechen: Einerseits wurde zu Recht betont, dass es nichts Praktischeres gäbe als eine gute Theorie, und andererseits bleibt völlig offen, nach welchen Kriterien die Güte der Praxis beurteilt werden könnte, wenn nicht auf dogmatische Gesichtspunkte Bezug genommen werden sollte.

8/135 Gleich im Anschluss an seine etwas skeptische Äußerung macht *Moréteau* überdies einen höchst wertvollen Hinweis, der erkennen lässt, worauf seines Erachtens entscheidendes Gewicht zu legen ist: Die Verhältnismäßigkeit darf nicht mit Scheuklappen lediglich für die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen geprüft werden, sondern ebenfalls nur im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung. Er führt nämlich aus: »Nichtsdestoweniger scheint es letztlich, dass im französischen Recht strikte Haftung oft mit Versicherung verknüpft ist, wodurch der Schädiger leicht haftbar wird, doch die Folgen durch Haftpflichtversicherung gemildert werden, während verschuldensabhängige Haftung in Bereichen höheren Risikos weiterentwickelt wird, die nicht versichert werden oder unversicherbar sind. Dann kann gesagt werden, dass die Voraussetzungen den Rechtsfolgen entsprechen, obwohl weitere Untersuchungen notwendig sein könnten, um zu überprüfen, ob dies in allen Fällen zutrifft.«

---

of Catastrophes. A Comparative Legal Approach (2006) 1, und *Moréteau* in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems 200 ff, aufmerksam.

211 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/197 ff.

212 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/29 ff.

213 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/169.

214 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/62.

215 Siehe *McGrath/Koziol,* Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law? RabelsZ 2014, Heft 4.

Moréteau macht daher verdienstlicherweise darauf aufmerksam, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit – unter anderem – auch die Versicherbarkeit und das verpflichtende Versichertsein eine Rolle spielt, da dieser Aspekt ganz wesentlich über die letztlich den Schädiger treffende Belastung durch die Ersatzpflicht entscheidet.

Entsprechend den unterschiedlichen Aufgaben wird in *Ungarn*[216] zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsbehelfen differenziert. Im Privatrecht stehen vom Schadenersatzrecht völlig unabhängige sachenrechtliche Eigentumsklagen zur Verfügung, die daher auch kein Verschulden voraussetzen, bei sonstigen Verletzungen stellt das Gesetz einen ganzen Fächer unterschiedlicher Instrumente zur Verfügung, die von der Feststellung der Rechtsverletzung bis zum vollständigen Ausgleich des Schadens reichen. Auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Rechtsfolge und Voraussetzungen wird geachtet: So setzen etwa Unterlassungsansprüche und Beseitigungsansprüche kein Verschulden voraus; bei der Notwehr kommt es zu einer Abwägung zwischen bedrohten und durch die Abwehr beeinträchtigten Interessen. *Menyhárd* kritisiert zu Recht die Auffassung der Gerichte, dass Bereicherungsansprüche im Verhältnis zu Schadenersatzansprüchen subsidiär sind, weil damit die unterschiedlichen Funktionen verkannt werden. Den unterschiedlich belastenden Rechtsfolgen entsprechend wird für Bereicherungsansprüche sachgerecht kein Verschulden, sondern lediglich ein rechtswidriger Eingriff in fremde Güter vorausgesetzt. Für das Schadenersatzrecht weist *Menyhárd* noch darauf hin, dass grundsätzlich die Wiederherstellung angestrebt wird und Geldersatz sekundär ist[217]; bei ideellen Nachteilen wird der Unterschied zum Ausgleich durch Geldzahlungen bei materiellen Schäden betont. Punitive damages werden abgelehnt, unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass Strafsanktionen nicht im Privatrecht vorzusehen sind und Prävention vorrangig die Aufgabe des Strafrechts ist. Sozialleistungen ergänzen das Schadenersatzrecht und schieben dies nicht beiseite, da der Täter Regressansprüchen ausgesetzt ist[218]. Die bisher anerkannte Gewinnabschöpfung zu Gunsten des Staates wird vom neuen Gesetzbuch nicht mehr vorgesehen; das erstaunt, da in anderen Rechtsordnungen dieser Rechtsbehelf sich zunehmender Beliebtheit erfreut. Allerdings gilt diese Neuerung offenbar lediglich für die im Zivilverfahren ausgesprochene Gewinnabschöpfung zu Gunsten des Staates, weil dies nicht mit den Grundsätzen des Zivilverfahrens in Einklang zu bringen ist. Ob im öffentlichen Recht und insbesondere im Strafverfahren weiterhin die Gewinnabschöpfung vorgesehen ist, ist dem Bericht nicht zu entnehmen. **8/136**

216 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/5.
217 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/24.
218 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/44 f.

8/137 *Ludwichowska-Redo*[219] eröffnet den Teil 2 ihres Berichtes zum *polnischen* Recht mit der grundsätzlichen Aussage: »Ein Ersatzanspruch bietet weitreichenden Schutz von Rechtsgütern oder Interessen, unterliegt aber auch strengen Anforderungen. Der bloße Eingriff in ein geschütztes Interesse rechtfertigt noch keinen solchen Anspruch; weitere Voraussetzungen müssen ebenfalls erfüllt sein, zB Rechtswidrigkeit und Verschulden, oder Gefährdung durch eine bestimmte Tätigkeit. Das Schadenersatzrecht ist jedoch nur eines der Instrumente, welche die Rechtsordnung zum Schutz von Rechten und Interessen zur Verfügung stellt.« Auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Schwere der Rechtsfolge und Gewicht der Voraussetzungen wird im *polnischen* Recht durchaus Rücksicht genommen. So kennt es entsprechend der kontinentaleuropäischen Tradition die rei vindicatio, die lediglich voraussetzt, dass der Kläger ein Recht an der Sache hat, der Beklagte hingegen nicht; weitergehende Ansprüche, wie etwa auf Benutzungsentgelt oder Schadenersatz bedürfen zusätzlicher Voraussetzungen, die – ähnlich wie in Deutschland – in Sonderbestimmungen zum Bereicherungs- und Schadenersatzrecht geregelt sind[220]. Unterlassungsansprüche bedürfen auch nach polnischem Recht keines Verschuldens, sondern lediglich eines unerlaubten Eingriffs in ein geschütztes Recht[221]. Ebenfalls geringere Voraussetzungen als für Schadenersatzansprüche sind bei Beseitigungs- und Bereicherungsansprüchen vorgesehen[222]. Angesprochen wird von *Ludwichowska-Redo*[223] der Gewinnabschöpfungsanspruch bei rechtswidrigen Eingriffen in fremde Immaterialgüter; sie befürwortet ebenfalls eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs über das Immaterialgüterrecht hinaus. Dem Schadenersatzrecht kommt nach polnischer Auffassung primär Ausgleichsfunktion zu, doch wird auch die Präventionsfunktion anerkannt[224]; punitive damages werden aber abgelehnt[225]. Dass im polnischen Recht die Sozialleistungen die Schadenersatzansprüche des Geschädigten mindern, der Sozialversicherung jedoch kein Rückgriff gegen den Schädiger zusteht, wurde oben (Rz 8/75) schon erwähnt. Verbrechensopfer können Entschädigung von der öffentlichen Hand erhalten, wenn sie ihren Schadenersatzanspruch gegen den Verbrecher nicht durchsetzen können; ihre Ansprüche gehen insoweit auf den Staat über[226]. Katastrophenopfer erhalten allenfalls auf Grund von ad-hoc-Regelungen Ersatz[227]. Gewinnabschöpfung zu Gunsten des Staates ist vorgesehen[228]. Höchst

219 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/13.
220 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/14 f.
221 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/17 f.
222 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/20 ff, 24 ff.
223 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/28 ff.
224 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/33.
225 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/34.
226 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/38 f.
227 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/40.
228 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/41 f.

interessant ist, dass dem polnischen Strafrecht auch eine Ausgleichsfunktion zuerkannt wird, da dem Verbrecher die Wiedergutmachung auferlegt wird[229].

Im *japanischen* Bericht[230] wird durchaus Gewicht auf das Gesamtsystem des Schutzes von Rechtsgütern gelegt, indem der Rechtsschutz durch Bestrafung des Täters und durch Einräumung von Ansprüchen gegen den Täter in Zusammenhang gebracht werden und deren präventive Wirkung betont wird. Bei der Anspruchseinräumung wird weiter zwischen dem Schutz vor Schädigung durch rechtmäßige Handlungen (Enteignung, Schädigung durch verwaltungsrechtlich genehmigte Beeinträchtigungen oder Gefährdungen[231]) und durch rechtswidrige Handlungen (Unterlassungs-, Beseitigungs-, Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche) unterschieden, und es werden ferner die sozialversicherungsrechtlichen Schutzmechanismen dargestellt[232]. Eine Abstufung der Voraussetzungen entsprechend der Schwere der Rechtsfolge wird offenbar nicht eingehend diskutiert. **8/138**

III. Schlussfolgerungen

Vorweg ist festzuhalten, dass dem auf den Ausgleich des erlittenen Schadens zielenden *Schadenersatzrecht* kontinentaleuropäischer Prägung im common law nur jener Teil des law of torts entspricht, der compensatory damages als remedy vorsieht. Die Frage nach der Position des den *Ausgleich* erlittenen Nachteils regelnden Schadenersatzrechts im Gesamtgefüge der Rechtsordnung stellt sich daher im civil law und im common law in unterschiedlicher Weise: Im civil law geht es stets um die Abstimmung des Schadenersatzrechts mit anderen Regelungsbereichen; im common law sind die auf compensatory damages ausgerichteten torts hingegen zunächst sozusagen intern mit den torts, die andere remedies vorsehen, abzustimmen und dann erst mit Rechtsgebieten außerhalb des law of torts in Beziehung zu setzen. Die Aufgabe der Herausarbeitung der verschiedenen Funktionen der Rechtsinstrumente und deren Abstimmung stellen sich aber in der Sache gleichermaßen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass nicht voreilig Rückschlüsse vom weiten law of torts auf das wesentlich engere, auf den Ausgleich des Schadens gerichtete Schadenersatzrecht gezogen werden; vergleichbar mit dem Schadenersatzrecht des civil law sind eben lediglich jene Bereiche, die compensatory damages vorsehen. **8/139**

229 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/43 ff.
230 *Yamamoto,* Japan Rz 7/4 ff.
231 Vgl dazu auch die japanische Diskussion, *Yamamoto,* Japan Rz 7/6 ff.
232 Dazu siehe auch *Yamamoto/Yoshimasa,* Employers' Liability and Workers' Compensation: Japan, in: Oliphant/G. Wagner (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 333 ff.

8/140 Im Vereinigten Königreich und in den USA gibt es nur geringes Bemühen um ein *konsistentes Gesamtsystem;* das beruht vor allem auch darauf, dass die für die Rechtsfortbildung zuständigen Gerichte nur den jeweiligen Einzelfall entscheiden, generellere Fragen jedoch nicht beachten. Das bringt es auch mit sich, dass eine Abstimmung zwischen den Rechtsbehelfen, eine Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwischen Rechtsfolgen und Voraussetzungen und ein funktionsgerechtes Zusammenspiel der Rechtsbehelfe kaum versucht wird. Das steht in deutlichem Gegensatz zu Norwegen, das ebenfalls eine weitgehende Fortbildung des Rechts durch die Gerichte kennt; aber vor allem auch zu anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Bei diesen ist übrigens auch zu beachten, dass es bei ihnen um kodifiziertes Recht geht, das Schadenersatzrecht jedoch ein Gebiet ist, in dem wegen der Vielfalt der Probleme, der technischen und sozialen Weiterentwicklung sowie der unzulänglichen gesetzlichen Grundlagen in allen Rechtsordnungen das Richterrecht eine erhebliche Rolle spielt, aber dennoch dem Gesamtsystem erheblich mehr Aufmerksamkeit geschenkt wird.

8/141 Es harren dann allerdings noch weitere schwierige Themen, die für die Abgrenzung und das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsinstrumente wesentlich sind, der Abklärung. So bedarf es etwa der Klarstellung, dass die Unterscheidung in *öffentliches Recht und Privatrecht* nicht rein begrifflicher Natur ist, sondern dass in den beiden Rechtsbereichen unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichen Wertungen zu erfüllen sind[233]: Soweit es um den Schutz der Interessen des Einzelnen geht, spielen unterschiedliche Wertungen für das Verhältnis des Einzelnen gegenüber dem Staat und gegenüber gleichgestellten anderen Personen eine erhebliche Rolle; so sollen etwa die Grund- und Freiheitsrechte jedem einen Freiraum der Selbstentfaltung gegenüber dem Staat sichern, während gegenüber anderen Personen es um die Abgrenzung zwischen gleichrangigen Persönlichkeitsrechten geht, deren Entfaltung und Schutz in möglichst optimaler Weise abzustimmen sind. Dass es im Privatrecht um zwei grundsätzlich gleichrangige Personen geht, spielt auch für die Anwendbarkeit des Prinzips der beidseitigen Rechtfertigung[234] eine entscheidende Rolle; damit aber auch etwa für die Frage, ob das Privatrecht der geeignete Raum für den Zuspruch von punitive damages ist, die dem Kläger einen Vorteil bringen, der im Rahmen des Privatrechts nicht zu rechtfertigen ist.

8/142 Auch für die Umsetzung des Grundsatzes der *Verhältnismäßigkeit von Rechtsfolge und Voraussetzungen* besteht noch erheblicher Diskussionsbedarf und es bleibt sicherlich weiterhin viel an Überzeugungsarbeit zu leisten. Immerhin hat

233 Siehe dazu etwa *F. Bydlinski,* Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994) 319.

234 Basic Questions I Rz 2/59 mit weiteren Nachweisen. Dieses Prinzip wird in der Sache auch von *Weinrib,* Corrective Justice (2012), insbesondere 2 ff, 15 ff, 35 f, vertreten.

aber der vorhergehende Blick auf die Länderberichte gezeigt, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip durchaus bei den *Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen* Berücksichtigung findet, indem wegen der weniger schwer wiegenden Rechtsfolgen im Unterschied zum Schadenersatzrecht kein Verschulden vorausgesetzt wird. Auch in Richtlinien der EU wird diesem Gedanken Rechnung getragen[235]. Allerdings wurde im Draft Common Frame of Reference (DCFR) die erforderliche Differenzierung erstaunlicherweise vernachlässigt, indem Art VI.–1:102 DCFR die Geltendmachung der Abwehrrechte ausdrücklich davon abhängig macht, dass dieselben Zurechnungsvoraussetzungen wie für die Schadenersatzansprüche erfüllt werden.

Dass die Ansprüche auf Herausgabe einer *ungerechtfertigten Bereicherung* wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen von den Schadenersatzansprüchen abzugrenzen sind[236], wird zwar zunehmend wahrgenommen, doch scheint die Herausarbeitung der Voraussetzungen für ein Begehren auf Herausgabe in manchen Rechtsordnungen noch erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten[237]. In einigen Ländern werden jedoch die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen schon klar hervorgehoben, so etwa in Frankreich[238], Polen[239] und Ungarn[240], wenn betont wird, dass Ziele und Voraussetzungen verschieden sind und Bereicherungsansprüche keines Verschuldens oder eines sonstigen Zurechnungsgrundes bedürfen, sondern nur der Gewinnung eines Nutzens aus den einem anderen zugewiesenen Vermögenswerten. Gleiches gilt auch für den Bereich des common law. So wird für die USA[241] festgestellt, es genüge, dass »(1) der Beklagte einen Vorteil erlangt hat; (2) auf Kosten des Klägers; und (3) das Behalten des Vorteils durch den Beklagten ungerechtfertigt wäre. Der wohl größte Unterschied zwischen der Klage auf Herausgabe und den meisten Deliktsklagen besteht darin, dass der Kläger kein unerlaubtes Verhalten des Beklagten beweisen muss.« Dass im Gegensatz zum Schadenersatzrecht kein Fehlverhalten, also kein Verschulden aber auch kein Sorgfaltsverstoß erforderlich ist, entspricht der Erkenntnis, dass es um eine weniger gewichtige Rechtsfolge geht: Die Abschöpfung eines unzulässig erlangten **8/143**

235 Siehe zB die ausdrückliche Regelung in Art 11 Abs 2 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern; Art 5 Abs 3 der RL 2006/114/EG vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

236 *Jansen,* The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment and Contract Law, JETL 2010, 16 ff, betont andererseits ebenfalls zu Recht, dass auch die Gemeinsamkeiten der gesetzlichen Schuldverhältnisse nicht aus dem Auge verloren werden sollen.

237 *Askeland,* Norwegen Rz 2/25 ff.

238 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/36 ff.

239 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/24 ff.

240 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/15 und 30.

241 *Green/Cardi,* USA Rz 6/50; vgl auch *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/43.

Vorteils trifft den Herausgabepflichtigen weniger schwer als den Schadenersatzpflichtigen die Aufwendung eigenen Vermögens zur Abdeckung eines fremden Nachteils[242].

8/144 Die Länderberichte geben – durchaus im Einklang mit dem Ziel dieser Untersuchung – keine ausreichende Basis für die Skizzierung eines Gesamtsystems aller Rechtsinstrumente bei drohenden oder schon erfolgten Eingriffen in geschützte Interessen. Einzelne Anspruchsgruppen, wie etwa jene auf Gewinnabschöpfung (unten Rz 8/172) oder auf Strafzahlungen (Rz 8/174) ausgerichteten, werden aber im Laufe der weiteren Darstellung noch angesprochen.

8/145 Klarzustellen ist bei dieser Gelegenheit, dass der *Ideentransfer* nicht als Einbahn vom kontinentaleuropäischen civil law zum common law gedacht ist, also nicht von einer einseitigen Geber- und Nehmersituation auszugehen ist. Es darf ja nicht übersehen werden, dass es den heutigen kodifizierten Gesamtsystemen noch ganz erheblich an Überzeugungskraft fehlt, da bisher keineswegs ein wirklich konsistentes, abgewogenes Gesamtsystem angeboten werden kann. Anderseits ist – wie schon erwähnt – möglicherweise auch einzuräumen, dass in den kodifizierten Rechtsordnungen zu sehr auf die allgemeinen Regeln gesehen wird und die nötige Differenzierung in den Einzelfällen nicht ausreichend wahrgenommen wird. Es bedarf daher noch der Auseinandersetzung mit den zweifelnden, kritischen Urteilen der Vertreter des common law gegenüber den heutigen Gesamtsystemen und des Beweises, dass ein konsistentes System nicht nur erforderlich ist, um dem Ziel der Gerechtigkeit näher zu kommen, sondern auch im Bereich des Möglichen liegt. Es erfordert andererseits die Offenheit der common-law-Juristen gegenüber den Defiziten ihres Systems[243]. Bei Lernbereitschaft auf beiden Seiten und bei einem ausreichenden Maß an Kompromissbereitschaft scheint mir diese Aufgabe aber durchaus lösbar, und zwar zum Wohle beider heute einander gegenüberstehenden Modelle. Ideal erschiene eine Kombination von allgemeinen, elastischen Regeln, die auf die maßgebenden Wertungskriterien hinweisen, mit einem ausreichend weiten Spielraum der Gerichte bei der Umsetzung dieser generellen Leitlinien[244].

242 Basic Questions I Rz 2/27.

243 Zu dieser Thematik vgl auch die interessanten Überlegungen von *Picker,* Richterrecht und Rechtsdogmatik, in: Bumke (Hrsg), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012) 85 ff.

244 Dazu Basic Questions I Rz 1/28 ff.

Teil 3 Die Aufgaben des Schadenersatzrechts

I. Ausgleichsfunktion und Präventionsfunktion

A. Rechtsvergleichender Rundblick

1. Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und Japan

Dass dem kontinentaleuropäischen Schadenersatzrecht primär *Ausgleichsfunktion* zukommt, wird – so wie für den deutschen Rechtskreis – für Frankreich[245], Norwegen[246], Polen[247], Ungarn[248], aber auch darüber hinaus[249] anerkannt; Gleiches gilt für Japan[250]. Das ergibt sich regelmäßig schon deutlich aus den gesetzlichen Regeln, die auf den Ersatz des zurechenbar verursachten Schadens abstellen. Überdies zeigt *Weinrib*[251] auf, dass die Beschränkung der Rechtsfolge auf den Ausgleich des dem Geschädigten zugefügten Schadens dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit entspricht. Beim Ersatz ideellen Schadens spielt allerdings in manchen Rechtsordnungen, wie teilweise noch in Deutschland[252], der Genugtuungsgedanke eine Rolle[253]. **8/146**

Dem *Präventionsgedanken*[254] wird hingegen im Schadenersatzrecht[255] in den kontinentaleuropäischen Ländern manchmal keine[256] oder überwiegend insofern **8/147**

245 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/64.
246 *Askeland,* Norwegen Rz 2/1 ff und 33.
247 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/33, 48.
248 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/51.
249 Siehe dazu mit ausführlichen Nachweisen *Koziol,* Prevention under Tort Law from a Traditional Point of View, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention in Law (2013) 133.
250 *Yamamoto,* Japan Rz 7/69, 362.
251 *Weinrib,* Corrective Justice (2012) 91 f.
252 *Schubert,* Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013) 150 ff, 180 ff, 218 ff, betont in ihrer jüngst erschienenen, umfassenden Untersuchung die Ausgleichsfunktion des Ersatzes immaterieller Schäden und meint, dass die Diskussion über die Genugtuungsfunktion überholt sei.
253 In Norwegen wird die Abweichung vom Ausgleichsgedanken hervorgehoben, *Askeland,* Norwegen Rz 2/51 f; von *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/55 der Genugtuungsgedanke; vgl auch *Yamamoto,* Japan Rz 7/270. In Polen *(Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/48) wird hingegen überwiegend auch bei ideellen Schäden der Ausgleichsgedanke für maßgebend erklärt.
254 Zum Begriff und den Arten der Prävention siehe *Tichý,* On Prevention in Law: Special Focus on Tort Law, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention 9.
255 Wenn in Basic Questions I Rz 1/7 betont wird, dass »das *primäre* Anliegen der Rechtsordnung, nämlich die *Schadensverhütung,* nicht aus den Augen verloren werden sollte«, dann wird damit nicht gesagt, dass die primäre Funktion gerade des Schadenersatzrechts in der Prävention liegt, sondern dass die *Rechtsordnung* vorrangig bestrebt sein sollte, Schäden und damit die Notwendigkeit der Anwendung des Schadenersatzrechts zu vermeiden; der Ausgleich schon eingetretener

lediglich eine sekundäre Bedeutung beigemessen, als die Androhung der Ersatzpflicht eine gewisse generalpräventive Wirkung entfaltet[257]; Letzteres gilt nach herrschender Auffassung auch für Japan[258]. Die primäre Umsetzung des Präventionsgedankens wird dem öffentlichen Recht, vor allem dem Strafrecht, überlassen, die schadenersatzrechtliche Ersatzleistung wird daher mit dem vollen Schadensausgleich begrenzt[259]. Der Rechtsfortsetzungsgedanke[260], der als Ausdruck des Präventionsgedankens verstanden werden kann und zu einem Mindestersatz in Höhe des Marktwertes (objektiven Wertes) führt, wird manchmal in der Sache[261], manchmal ausdrücklich[262] anerkannt.

2. Grundlegende Unterschiede zwischen common law und kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen

8/148 *Oliphant*[263] führt zwar für das common law ebenfalls den Ausgleich als häufig genanntes Ziel des Schadenersatzrechts an und ergänzt: »doch dabei gibt es eine Abweichung zwischen zwei unterschiedlichen Auffassungen: erstens, dass Deliktsrecht nach seiner Fähigkeit beurteilt werden sollte, Ausgleich für alle Schäden zu leisten, und zweitens, dass Deliktsrecht Ausgleich als Teil eines Systems ausgleichender Gerechtigkeit anstrebt«. *Oliphant* betont dann: »Heutzutage wird Schadenersatz zumeist in dieser Perspektive gesehen, die offensichtlich die entscheidende Frage offenlässt, wann und für welche Schäden eine Person nach Deliktsrecht fairerweise einer anderen haften soll.« Demgegenüber haben *Green/Cardi*[264] offenbar eher die erste Bedeutung im Auge: »Ein amerikanischer Beobachter des Deliktsrechts würde sicherlich zustimmen, dass Abschreckung nicht das alleinige Ziel des Schadenersatzrechts ist. Entschädigung ist es jedoch sicherlich auch nicht, da ansonsten ein Geschädigter aus jeder wohlgefüllten Tasche, die er findet, Ersatz erlangen könnte.«

Nachteile ist mehr oder weniger eine Notlösung, wenn die Verhütung nicht gelingt (siehe auch oben Rz 8/77). Insofern liegt ein Missverständnis von *Green/Cardi,* USA Rz 6/17 vor, wenn sie aus diesen Ausführungen auf die primäre Präventionsfunktion des Schadenersatzrechtes schließen wollen, was ganz im Gegensatz zu den Ausführungen in Basic Questions I Rz 3/1 ff stünde.

256 *Askeland,* Norwegen Rz 2/32.

257 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/7, 68 ff und die Nachweise bei *Koziol* in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention 135.

258 *Yamamoto,* Japan Rz 7/71 ff, 277 ff.

259 *Askeland,* Norwegen Rz 2/31; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/49 ff; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/52; *Yamamoto,* Japan Rz 7/80 f, 280 ff.

260 Zu diesem siehe die Nachweise in Basic Questions I Rz 3/8 ff und bei *Koziol* in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention 155 ff; ferner *Weinrib,* Corrective Justice 88 ff, 93 f.

261 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/49; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/52.

262 *Yamamoto,* Japan Rz 7/259 f.

263 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/57.

264 *Green/Cardi,* USA Rz 6/44.

In dieser letzteren Argumentation käme dann ein Missverständnis zum Ausdruck, wenn sie sich auch auf die kontinentaleuropäisch geprägten, kodifizierten Rechtsordnungen beziehen sollte; das habe ich bisher offenbar nur unzulänglich und daher vergeblich aufzuklären versucht[265]: Wenn die *Kritik* an der Maßgeblichkeit des Ausgleichsgedankens darauf aufbaut, dass Schäden keineswegs stets auszugleichen seien und das Ausgleichsprinzip wenig Hilfe bei der Beantwortung der Frage biete, unter welchen Voraussetzungen Schadensausgleich zu leisten sei, so wird dem Ausgleichsgedanken zumindest für die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen eine völlig unzutreffende Aufgabe unterschoben. Dieser Gedanke der Ausgleichsfunktion hat nämlich nicht den Zweck, Erkenntnisse über die Zurechnungsgründe zu gewinnen, sondern lediglich klarzustellen, welche Aufgabe dem Ersatzanspruch zukommen soll, *falls* die Zurechnungsgründe vorhanden sind. Der Ausgleichsgedanke drückt jedenfalls den Zweck des insofern homogenen kontinentaleuropäischen Schadenersatzrechtes aus, kann damit eine Orientierung für die Ausgestaltung des Anspruchs (etwa Natural- oder Geldersatz) bieten, gibt jedenfalls eine Leitlinie für den *Umfang* des Schadenersatzanspruches ab und schließt damit zB die Abschöpfung einer Bereicherung im Rahmen des Schadenersatzrechts oder die Verhängung von Strafzahlungen aus. *Unter welchen Voraussetzungen* dieser Ausgleich zu erfolgen hat, kann nur unter Berücksichtigung der Gedanken der ausgleichenden und austeilenden Gerechtigkeit[266] und damit nur unter Beachtung einer Vielzahl von Zurechnungsgründen festgelegt werden. **8/149**

Anzumerken ist aber auch noch, dass der fundamentale Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit auf die Kompensation hinweist, was auch *Oliphant*[267] hervorhebt, wenn er sagt: »Schadenersatzrecht (tort law) enthält das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit: wer einem anderen unrechtmäßig Schaden zufügt, soll diese Ungerechtigkeit durch die Leistung von Ersatz ausgleichen.« **8/150**

Demgegenüber kommt dem Einwand von *Green/Cardi* für das *common law* durchaus Berechtigung zu[268]: Während das kontinentaleuropäische Schadenersatzrecht von den Grundvoraussetzungen und der Rechtsfolge aus gesehen ein homogenes Rechtsgebiet ist, das all jene Normen umfasst, die Voraussetzungen und Inhalt der auf den Ausgleich von Schäden gerichteten Ansprüche regeln, geht das common law von einer Vielzahl von *»torts«* mit unterschiedlichen Voraussetzungen aus, bei denen überdies stets die Frage zu stellen ist, welche Rechtsfolgen bei Erfüllung des Tatbestands eintreten. Es ist eben – worauf schon oben Rz 8/29 hingewiesen wurde – zu beachten, dass einerseits keineswegs alle **8/151**

265 Basic Questions I Rz 3/2, dort in Zusammenhang mit entsprechenden Aussagen von *Kötz* und *G. Wagner*.

266 Zu diesen Begriffen siehe auch *Weinrib,* Corrective Justice.

267 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/54.

268 Dazu näher *Koziol,* Schadenersatzrecht und Law of Torts. Unterschiedliche Begriffe und unterschiedliche Denkweisen, Magnus-FS (2014) 64f.

torts den Eintritt eines Schadens voraussetzen und ihnen auch kein einheitlich verstandener Begriff »damage« zugrunde liegt, sondern etwa 70 »conceptions of damage« zu berücksichtigen sind[269]. Überdies werden als Rechtsfolge zwar meistens »damages« vorgesehen, aber nicht immer, und schließlich sind – wiederum im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Schadenersatzrecht – die verschiedensten Arten von damages keineswegs stets auf den Ausgleich eines Schadens gerichtet, so dass die Rechtsfolgen höchst unterschiedlich ausfallen. Das »law of torts« ist daher ein höchst inhomogenes Rechtsgebiet[270].

8/152 Wenn nun in Fällen von torts actionable per se das Vorhandensein eines Schadens keine Voraussetzung des Entstehens des Anspruchs ist, so lässt dies schon erkennen, dass das law of torts nicht jedenfalls auf den Ersatz des Schadens abzielt, ihm also nicht stets Ausgleichsfunktion zukommen kann. Zu ergänzen ist, dass vom law of torts auch Unterlassungsansprüche gewährt werden, die vor Entstehung des Schadens eingreifen und daher ebenfalls nicht dem Schadensausgleich dienen können, sondern der Prävention. Der Schluss, dass dem law of torts keineswegs allgemein der Ausgleichsgedanke zu Grunde liegt, wird noch durch einen Blick auf die unterschiedlichen Arten von damages untermauert[271]. *Rogers*[272] betont, dass manchmal die Verpflichtung »to disgorge the profits« auferlegt wird, wofür in anderen Rechtsordnungen das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zuständig wäre, und er hebt ferner hervor, dass dann, wenn exemplary damages (punitive damages) zusätzlich zu den »compensatory damages« zugesprochen werden, der Kompensationsgedanke ganz fallen gelassen wird und die Bestrafung im Vordergrund steht. Schließlich macht er darauf aufmerksam, dass es in manchen Fällen, etwa bei »trespass to land«, nur um »a method of obtaining a declaration of rights« geht, also um eine bloße Feststellung der Rechtsverletzung, und erwähnt, dass in diesem Zusammenhang von der »Ombudsman-Funktion« des law of torts gesprochen wird. Auf den Ersatz des Schadens zielen somit lediglich die compensatory damages.

8/153 Dem kontinentaleuropäischen Schadenersatzrecht entspricht daher nur jener Teil des law of torts, das compensatory damages als remedy vorsieht; das ist allerdings der wesentliche Bereich. Für diesen Teil kann daher wohl auch davon gesprochen werden, dass er primär auf den Ausgleich des Schadens gerichtet ist.

---

269 *Oliphant* in: Winiger/Koziol/B. A. Koch/Zimmermann, Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (2011) 1/12 Rz 1 betont »As there are, according to one estimate, some 70 or more torts recognised by the common law, it could be said that there are in fact 70 or more different conceptions of damage in English tort law.«

270 *Weir,* An Introduction to Tort Law^2 (2006). Preface ix, drückt dies in seiner pointierten Art folgendermaßen aus: »Tort is what is in the tort books, and the only thing holding it together is their binding«.

271 Siehe *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/45 ff.

272 *W. V. H. Rogers,* Winfield and Jolowicz on Tort^{18} (2010) Rz 1.2.

Daneben wird jedoch auch die generalpräventive Wirkung hervorgehoben, wobei aber offenbar vielfach nicht von Prävention sondern von »social control« gesprochen wird[273].

Soweit punitive oder exemplary damages zugesprochen werden, geht es hingegen primär um die Prävention; für andere torts sind wiederum weitere Zwecke vorrangig. **8/154**

B. Schlussfolgerungen

1. Beschränkung des Rechtsvergleichs auf das Recht des Schadensausgleichs

Es zeigt sich daher, dass die Diskussionen von verschiedenen Ausgangspunkten ausgehen. Wenn in den *kontinentaleuropäischen* Rechtsordnungen vom Schadenersatzrecht gesprochen wird, so ist damit eine Normengruppe umschrieben, nach der dann, wenn die Grundvoraussetzung der Verursachung eines Schadens und die mehr oder weniger allgemein umschriebenen sonstigen Zurechnungsgründe, insbesondere der Verschuldens-, Gehilfen- und Gefährdungshaftung, erfüllt sind, eine inhaltlich bestimmte Rechtsfolge, nämlich der Ersatz des Schadens, eingreift (siehe § 823 Abs 1 BGB). Insofern geht es von den Grundvoraussetzungen und der Rechtsfolge aus gesehen um ein homogenes Rechtsgebiet: Das Schadenersatzrecht umfasst all jene Normen, die Voraussetzungen und Inhalt der auf den *Ausgleich von Schäden* gerichteten Ansprüche regeln. **8/155**

Im *common-law-Bereich* wird hingegen von einer Vielzahl von »torts« ausgegangen, die sich in den Voraussetzungen unterscheiden, und dann die Frage gestellt, welche Rechtsfolgen – die nicht stets im Schadensausgleich bestehen – vorgesehen sind (oben Rz 8/29 und 121 ff). Dazu kommt eine weitgehende Isolierung des »law of torts« von sonstigen Rechtsgebieten, die den Blick für Zusammenhänge und Funktionsunterschiede, etwa zwischen öffentlichem Recht, Strafrecht und Schadenersatzrecht, nicht gerade fördert. Die in den common-law-Ländern offenbar unzulängliche Abdeckung des Präventionsbedarfs durch das Strafrecht; der Rückstand in der Entwicklung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung; die Zurückhaltung beim Ersatz ideeller Schäden; die Verhinderung des vollen Ausgleichs selbst für den siegreichen Kläger durch die Eigenarten des Prozesskostenrechts und wohl noch einige andere Gründe führen überdies dazu, dass das »law of torts« als Lückenbüßer herangezogen wird und damit eine klare Umgrenzung seines Aufgabenbereichs und ein sachgerechtes Verhältnis zwischen den Rechtsfolgen und deren Voraussetzungen kaum mehr möglich erscheint. **8/156**

---

273 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/61.

2. Konsequenzen bezüglich »punitive damages«

8/157 Die unterschiedlichen Ausgangspunkte im civil law und im common law fordern erhöhte Vorsicht beim Vergleich der kontinentaleuropäischen Schadenersatzrechte und des law of torts im common-law-Bereich. *Vergleichbar* und daher einer Harmonisierung zugänglich sind nur das Schadenersatzrecht des civil law mit jenem – sehr wesentlichen – Teil des law of torts des common law, der als Rechtsfolge compensatory damages vorsieht und dementsprechend ebenfalls das *Ausgleichsprinzip* verfolgt. Soweit hingegen die remedies primär auf Prävention ausgerichtet sind, passen sie jedenfalls in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen dem Grundkonzept nach nicht in das Schadenersatzrecht.

8/158 Hervorzuheben ist, dass allerdings auch für das common law *punitve damages* aus grundsätzlichen Erwägungen auf Ablehnung stoßen. So betont *Weinrib*[274], dass punitive damages dem Grundgedanken der corrective justice widersprechen, wobei seine Argumentation weitgehend jener entspricht, die sich auf die Notwendigkeit beidseitiger Rechtfertigung beruft . *Weinrib* betont nämlich, dass punitive damages aus strukturellen und inhaltlichen Gründen nicht mit der Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit im Einklang stehen. Was die Struktur betrifft, so erfordert seiner Ansicht nach die ausgleichende Gerechtigkeit, dass die normativen Überlegungen, die auf das Verhältnis zwischen Beklagtem und Kläger anwendbar sind, die Wechselbeziehung als Opfer und Täter derselben Ungerechtigkeit widerspiegeln. Daher seien alle Erwägungen ausgeschlossen, die sich lediglich auf eine der Parteien beziehen, ohne die entsprechende Situation der anderen Partei einzubeziehen. »The standard justifications for punitive damages – deterrence and retribution – are one-sided considerations that focus not relationally on the parties as doer and sufferer of the same injustice, but unilaterally on the defendant … as doer. The place of such considerations is not private law but criminal law, because criminal law is concerned not with whether the accused has injured someone's particular right, but with whether the accused has acted inconsistently with the existence of a regime of rights in general.« Was den Inhalt betrifft, arbeitet *Weinrib* umsichtig heraus, dass »punitive damages are inconsistent with the role of rights in corrective justice. Punitive damages do not restore to plaintiffs what is rightfully theirs, but instead give them a windfall.« Nach Ansicht *Weinribs* verletzen punitive damages, die auf Abschreckung und Vergeltung beruhen, die Begrenzungs-These, nach der ein Rechtsbehelf lediglich das Recht des Klägers wieder herstellen soll, ihm jedoch nicht mehr verschaffen sollte, als dieses Recht oder dessen Gegenwert[275].

274 *Weinrib,* Corrective Justice 96 ff, siehe auch 169 ff.
275 Vgl auch *Yamamoto,* Japan Rz 7/804.

3. Konsequenzen bezüglich der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht

In jüngerer Zeit wird zunehmend befürwortet, das Privatrecht als Mittel der *Normdurchsetzung* heranzuziehen[276], wobei vor allem die Präventionswirkung des Schadenersatzrechts nutzbar gemacht werden soll. Zunächst wurde in erster Linie die Steuerungsfunktion des Privatrechts auf Märkten für die Bereiche des Rechts des unlauteren Wettbewerbs und des Kartellrechts diskutiert, wofür kräftige Anstöße von der Europäischen Union erfolgten[277]. Die Grundidee liegt in der Mobilisierung der Bürger, insbesondere der Verbraucher, zur Normdurchsetzung, indem ihnen privatrechtliche Ansprüche bei Fehlverhalten von Unternehmern eingeräumt werden. Dabei wird auf die im Wirtschaftsbereich besonders wirksame Steuerungsfunktion der kostenverursachenden Anspruchsverfolgung einer großen Zahl von Betroffenen gesetzt. Entscheidend ist, dass nicht lediglich die Seitenwirkung der schon nach den allgemeinen Regeln gegebenen Ansprüche ausgenutzt wird, sondern darüber hinaus zwecks Durchsetzung von Allgemeininteressen die Grundlagen geschaffen werden für weitere Ansprüche, die nicht primär, jedenfalls nicht allein dem Schutz der individuellen Interessen der Anspruchsberechtigten dienen. **8/159**

Dies kann insbesondere dazu führen, dass die *reinen Vermögensinteressen* der durch unlauteren Wettbewerb oder Kartellverstöße Geschädigten in erheblich weiterem Ausmaß Schutz genießen als sonst. Gerechtfertigt kann dies damit werden, dass in diesem Bereich der Schutz der Schädiger vor uferlosen Ersatzpflichten wegen der Beeinträchtigung reiner Vermögensinteressen nicht mehr sachgerecht erscheint: Die potentiellen Schädiger werden nicht durch zusätzliche Verhaltenspflichten belastet, vielmehr wird die Ersatzpflicht gegenüber den Geschädigten an die Verletzung von Verhaltenspflichten, die zum Schutz des Marktes ohnehin schon bestehen, geknüpft. Ferner werden die Schädiger mit Ersatzpflichten für reine Vermögensschäden nur in einem verhältnismäßig eng umschriebenen Bereich belastet, in dem die gewichtigen Allgemeininteressen für eine Ersatzpflicht sprechen. Zu betonen ist, dass dieser verstärkte Schutz der Individualinteressen wegen der Durchsetzung von Allgemeininteressen keineswegs grundsätzlich mit dem Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung von privatrechtlichen Ansprüchen **8/160**

---

276 Dazu siehe aus der deutschsprachigen Literatur vor allem das eindrucksvolle Werk von *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012).

277 Dazu *Basedow,* Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Von der Dezentralisierung über die Ökonomisierung zur privaten Durchsetzung, in: Augenhofer (Hrsg), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009) 1; *Becker,* Schadenersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot: Europäische Vorgaben und Vorhaben, in: Augenhofer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts 15; *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht 87 ff, 141 ff; *G. Wagner,* Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006) 389 ff.

in Konflikt gerät: Einerseits erleiden die Ersatzberechtigten tatsächlich Schäden, deren Ausgleich sachlich durchaus gerechtfertigt ist, da von der Rechtsordnung anerkannte Interessen verletzt werden; andererseits erscheinen die Schädiger des Schutzes vor der Belastung mit dem Ersatz reiner Vermögensschäden nicht mehr würdig, da sie jedenfalls rechtswidrig handeln und die Allgemeininteressen in der wertenden Abwägung zusätzlich ins Gewicht fallen.

8/161 Bedenken sind jedoch anzumelden, wenn aus der Tatsache, dass es bei *Streuschäden* regelmäßig zu Vollzugsdefiziten kommt, abgeleitet wird, dass die Ansprüche über die Kompensation hinausgehen müssen, um die erforderliche Verhaltenssteuerung erreichen zu können[278]. Es ist zu betonen, dass es für den Zuspruch von jenen Mehrbeträgen, die über den Schadensausgleich des einzelnen Anspruchsberechtigten hinausgehen, an der zweiseitigen Rechtfertigung mangelt[279]. Ebensowenig wie der Ersatz von überkompensatorischen Strafzahlungen privatrechtlich zu rechtfertigen ist, kann auch der Zuspruch über den Ausgleich hinausgehender Zahlungen mit dem Präventionsgedanken gerechtfertigt werden. Es fehlt an jeglicher Berechtigung der Klagenden, derartige Beträge zu erhalten. Welche Beträge aus präventiven Gründen zu zahlen wären, kann beim ersten Kläger auch nicht im Entferntesten abgeschätzt werden, da nicht absehbar ist, wieviele Kläger insgesamt Ansprüche geltend machen werden und welches Vollzugsdefizit letztlich bestünde. Es ist überdies auch zu bedenken, dass es zu unverständlichen Ergebnissen führen muss, wenn der oder die Erstkläger durch den Zuspruch erheblich überhöhter Beträge beglückt würden, die nachfolgenden Kläger hingegen nicht mehr.

8/162 Es ist daher auch hier vor der undifferenzierten *»Monokultur«* zu warnen, die unbedingt alle Ziele über das Schadenersatzrecht erreichen will; Abhilfe gegen derartige Vollzugsdefizite ist daher auf anderen Wegen zu suchen, etwa über die Abschöpfung des Gewinns[280] oder über Verbandsklagen[281]. Es ist überdies daran zu erinnern, dass keine Bedenken gegen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bestehen, da durch diese dem Kläger kein ungerechtfertigter Vorteil zugewendet wird.

---

278 Siehe *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht 433 ff, insbesondere 477 ff.

279 Zu diesem Grundsatz, den *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht 28 f, zwar anerkennt, aber dann für die Zahlung über den Ausgleich hinaus doch nicht ausreichend beachtet, siehe Basic Questions I Rz 2/59 mit weiteren Nachweisen, ferner *Weinrib,* Corrective Justice, insbesondere 2 ff, 15 ff, 35 f.

280 Dazu *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht 494 ff; *Stadler,* Der Gewinnabschöpfungsanspruch: eine Variante des *private enforcement?* in: Augenhofer (Hrsg), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts 117; *Wagner,* AcP 206, 374 ff; siehe dazu auch unten Rz 8/171 ff.

281 *Augenhofer, Private enforcement:* Anforderungen an die österreichische und deutsche Rechtsordnung, in: Augenhofer (Hrsg), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts 39; *Wagner,* AcP 206, 407 ff; siehe dazu auch Rz 8/172 f.

4. Prävention durch Schadensausgleich

Zu betonen ist, dass sich die Argumente gegen die präventive Funktion des Schadenersatzrechts im kontinentaleuropäischen Sinn im Wesentlichen nur gegen die Idee wenden, dass dies die primäre oder sogar die einzige Funktion sei, nicht aber gegen die Prävention als *sekundäre Funktion*[282]*:* Wie schon erwähnt, ist es weitgehend anerkannt, dass dem Schadenersatz – als Nebenwirkung – auch eine Abschreckungsfunktion eigen ist. Die Androhung einer Pflicht zum Ersatz falls ein Schaden verursacht wird, erzeugt unzweifelhaft einen allgemeinen *Anreiz, die Zufügung von Schäden zu vermeiden.* Hinsichtlich desjenigen Schädigers, der schon einen Schaden verursacht hat und zum Ersatz verpflichtet wurde, motiviert das Schadenersatzrecht immerhin dazu, in Zukunft möglichst keinen Schaden mehr herbeizuführen. **8/163**

Auf der Präventivfunktion baut der Gedanke der rechtsverfolgenden oder rechtsfortsetzenden Wirkung von Rechten oder geschützten Interessen auf[283], die zur Anerkennung einer *objektiv-abstrakten Schadensbemessung* führt. Der Gedanke der Fortwirkung eines Rechts führt zur Annahme, dass ein verletztes Recht oder Rechtsgut in einem Anspruch auf Ersatz fortlebt: An die Stelle des vernichteten Gutes tritt der Anspruch gegen den Schädiger. Da die Rechtsordnung die Rechte und Rechtsgüter schützt, weil sie sich in der Rechtsgemeinschaft allgemeiner Wertschätzung erfreuen, führt der Gedanke der Rechtsfortsetzung zu einem Ersatzanspruch in Höhe des »allgemeinen Wertes«, also des Verkehrswertes oder Marktwertes, unabhängig von den konkreten Interessen des geschädigten Eigentümers. Der Rechtsfortsetzungsgedanke sichert somit das Entstehen einer Ersatzpflicht[284], wenn die sonstigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind, und dient daher der Prävention: Der Schädiger hat den Marktwert als Mindestschaden zu ersetzen, jedenfalls dann, wenn das zerstörte oder beschädigte Gut sich allgemeiner Wertschätzung erfreute, und zwar selbst dann, wenn der subjektive Schaden niedriger sein sollte oder der Schaden auf einen anderen verlagert wurde. Diese Absicherung der Ersatzpflicht verstärkt den Anreiz, Schadenszufügungen zu vermeiden. **8/164**

Diese Gedanken sollten in der Diskussion über die künftige Harmonisierung aufgegriffen werden. Die European Group on Tort Law hat dies auch schon beherzigt und ihre Überlegungen haben in Art 10:201 PETL ihren Niederschlag gefunden: »Dieser Schaden ist grundsätzlich so konkret wie möglich zu bestimmen; in geeigneten Fällen kann er auch abstrakt bestimmt werden, z.B. durch Rückgriff auf den Marktwert.« **8/165**

---

282 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/7; *Koziol,* Prevention under Tort Law from a Traditional Point of View, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention in Law (2013) 135 ff.

283 Dazu ausführlicher Basic Questions I Rz 3/8 ff, sowie mein Aufsatz über Prävention, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention 155 ff.

284 Im selben Sinn *Moréteau,* Frankreich Rz 1/70.

5. Präventivfunktion des Schadenersatzrechts und Haftpflichtversicherung

8/166 Aus schadenersatzrechtlicher Perspektive erweckt die obligatorische oder freiwillige Haftpflichtversicherung einen zwiespältigen Eindruck[285]. Wenig erfreulich erscheint es, dass die Haftpflichtversicherung die *abschreckende Nebenwirkung* des Schadenersatzrechts zumindest stark *abschwächt,* vielleicht sogar beseitigt[286], soweit die Versicherung den Schadensausgleich abdeckt: Es kann angenommen werden, dass der Anreiz, die Schadensverursachung möglichst zu vermeiden, umso geringer wird, je weniger der Schädiger durch eine Ersatzpflicht belastet wird. Ist jemand haftpflichtversichert, so trifft ihn die Ersatzpflicht wegen fahrlässiger Schädigung oder bei einer Gefährdungshaftung wirtschaftlich kaum mehr.

8/167 Diese Darlegungen sind aber nicht dahin zu verstehen, dass der möglichst weitgehenden Unterbindung von Haftpflichtversicherungen das Wort geredet wird. Es ist vielmehr zu bedenken, dass auch ohne Haftpflichtversicherung die Präventivwirkung nicht gegeben sein kann. Das gilt zum Beispiel dann, wenn die drohende Schadenersatzpflicht den Täter wegen seines Reichtums in keiner Weise belastet; oder andererseits dann, wenn er die Ersatzpflicht wegen seiner Vermögenslosigkeit keinesfalls erfüllen kann. Vor allem aber darf der positive Aspekt der Haftpflichtversicherung für den Geschädigten nicht übersehen werden[287]: Haftpflichtversicherungen dienen den Interessen der Geschädigten, da durch sie die *Ersatzleistung gesichert* wird; sie dienen somit dem Ausgleich und damit der primären Funktion des Schadenersatzrechts[288]. Haftpflichtversicherungen sind daher höchst wünschenswert und werden vom Gesetzgeber deshalb sogar vielfach zwingend vorgeschrieben[289], insbesondere im Zusammenhang mit der Kraftfahrzeughaftpflicht. Schließlich ist zu bedenken, dass Haftpflichtversicherungen für *Unternehmer* geradezu unerlässlich sind, damit die Haftungsrisken kalkulierbar werden.

---

285 Dazu eindrucksvoll *Cousy,* Tort Liability and Liability Insurance: A Difficult Relationship, in: Koziol/B.C. Steininger, European Tort Law 2001 (2002) 18 ff. Siehe ferner *Hinteregger,* Die Pflichthaftpflichtversicherung im Schadensrecht – eine funktionelle Analyse, Reischauer-FS (2010) 513 f; *G. Wagner,* Comparative Report and Final Conclusions, in: G. Wagner (Hrsg), Tort Law and Liability Insurance (2005) 338 ff.

286 Vgl *Moréteau,* Frankreich Rz 1/51; ausführlicher *von Bar,* Das »Trennungsprinzip« und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 181 (1981) 311 ff; *van Boom,* Compensating and Preventing Damage: Is there any Future Left for Tort Law? in: Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa (2006) 288 f; *Scheel,* Versicherbarkeit und Prävention (1999) 181 ff, 270; *Schlobach,* Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes (2004) 318 ff, 413 f.

287 Vgl dazu *Baker,* The View of an American Insurance Law Scholar: Six Ways that Liability Insurance Shapes Tort Law, in: Wagner (Hrsg), Tort Law and Liability Insurance 297 f; *Hinteregger,* Reischauer-FS 511 ff; *Lewis,* The Relationship Between Tort Law and Insurance in England and Wales, in: Wagner (Hrsg), Tort Law and Liability Insurance 48 f, 51 f.

288 Vgl *F. Bydlinski,* System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) 113 f.

289 Dazu ausführlicher *Faure,* The View from Law and Economics, in: Wagner (Hrsg), Tort Law and Liability Insurance 240 ff; *Hinteregger,* Reischauer-FS 507 ff.

Es kann daher gesagt werden, dass die Haftpflichtversicherung einerseits den primären *Ausgleichszweck* des Schadenersatzrechtes unterstützt, andererseits jedoch dem *Präventionszweck* abträglich ist. Dieser negative Aspekt könnte aber durchaus gemildert werden und die Haftpflichtversicherungen sollten daher auch möglichst so ausgestaltet werden, dass sie die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechtes nicht abschwächen. Das kann unter anderem durch Selbstbehalte und Prämiengestaltungen nach dem Bonus-Malus-System erreicht werden[290]. **8/168**

6. Bedarf an zusätzlichen Präventionsinstrumenten?

Immer wieder wird bemängelt, dass dem Schadenersatzrecht vielfach zu geringe Präventionswirkung zukomme, weil dem Täter nach Erfüllung seiner Ersatzverpflichtung insgesamt noch immer ein Vorteil aus dem rechtswidrigen Eingriff verbleibe. Insbesondere für den Bereich der Verletzung von Immaterialgütern[291] wird ferner die Schwierigkeit des Beweises der Schadenshöhe, die unzureichende Durchsetzbarkeit von Ersatzansprüchen und damit die Unzulänglichkeit des Schadenersatzrechtes beklagt[292]. Bei Streu- und Bagatellschäden bestehe überdies für die Geschädigten ein zu geringer Anreiz, die Schadenersatzansprüche zu verfolgen, so dass der Schädiger vor Ersatzleistungen weitgehend bewahrt bleibe und wegen der Durchsetzungsdefizite die Präventionswirkung verloren gehe[293]. Schließlich wird auf die erhebliche Minderung der Präventionswirkung der Ersatzpflicht durch das Bestehen von Haftpflichtversicherungen hingewiesen[294]. **8/169**

Den Feststellungen, das Schadenersatzrecht könne vielfach nicht alle gerechtfertigten Erwartungen – insbesondere bezüglich einer kräftigen Präventivwirkung – erfüllen, ist eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen. Es ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass manche Erwartungen weit über das hinausgehen, was vom Schadenersatzrecht seiner Grundkonzeption und seinen Zwecken nach geleistet werden soll und kann, und nicht übersehen werden darf, dass die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen neben dem Schadenersatzrecht noch *zahl-* **8/170**

---

290 Vgl *Rodopoulos,* Kritische Studie der Reflexwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung (1981) 45; *Faure* in: Wagner (Hrsg), Tort Law and Liability Insurance 265 ff; *Schlobach,* Präventionsprinzip 318 f, 415; *Hinteregger,* Reischauer-FS 517 f; *Wagner,* Tort Law and Liability Insurance, in: Faure (Hrsg), Tort Law and Economics (2009) 391.

291 Bei unbefugter Benutzung von Massenbeförderungsmitteln stellen sich ähnliche Probleme; deshalb sind in Österreich gemäß dem Eisenbahnbeförderungs- und Fahrgastrechtegesetz 2013 von Personen ohne gültigen Fahrausweis »Nebengebühren« zu bezahlen, die als Strafschadenersatz zu qualifizieren sind. Siehe dazu *Reiter,* Das EisbBFG: Strafschadenersatz, Fahrgastrechte und die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit, wirtschaftsrechtliche blätter (wbl) 2014, 76 f.

292 Basic Questions I Rz 2/56.

293 Dazu *G. Wagner,* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag 2006 (2006) 100 ff.

294 Basic Questions I Rz 2/70.

reiche weitere Rechtsinstrumente vorsehen, denen andere Funktionen und damit zusätzliche präventive Wirkungen zukommen[295]. Bevor von Regelungsdefiziten gesprochen werden darf, müssen daher einerseits die dem Schadenersatzrecht immanenten Grenzen berücksichtigt und andererseits das *Zusammenspiel* mit allen sonstigen Instrumenten bedacht werden. Das Schadenersatzrecht ist eben nur eines unter vielen Schutzmechanismen im Gesamtsystem unserer Rechtsordnungen; es soll und kann daher auch nur einen Teilbereich des erforderlichen Schutzes von Interessen abdecken. Die erforderliche Gesamtschau wird offenbar insbesondere im common law durch die isolierte Auseinandersetzung mit dem law of torts zu wenig gefördert, aber auch im kontinentaleuropäischen Bereich häufig vernachlässigt.

8/171 Das Rechtssystem hat im *Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht* tatsächlich ein ganzes Arsenal unterschiedlichster Waffen, die dem Schutz von Rechten und Interessen in unterschiedlicher Weise dienen können, zur Verfügung, und zwar durch die Abwehr drohender Gefahr, durch Ausgleich des Schadens, die Rückgabe ungerechtfertigt erlangter Bereicherung, die Gewinnabschöpfung zugunsten der öffentlichen Hand oder die Auferlegung von Strafen wegen versuchter oder durchgeführter Verletzungen[296]. Bezüglich der Prävention sind es besonders die vorbeugenden Unterlassungsansprüche[297], das Recht zur Notwehr und die Beseitigungsansprüche, die ebenfalls helfen, den Eintritt weiterer Schäden zu verhindern[298]. Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel der Abschreckung – unabhängig von einem Schadensausgleich – vor allem vom Strafrecht verfolgt wird. Daher sollten die privatrechtlichen Rechtsbehelfe nie isoliert betrachtet werden. Das ist vor allem dann zu bedenken, wenn zum Beispiel die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts[299] beklagen, dass die Tötung einer Person keine schadenersatzrechtlichen Konsequenzen auslöst[300], es sei denn, es sind überlebende

---

295 Zu Bestrebungen, weitere präventive privatrechtliche Instrumente zu entwickeln, siehe *van Boom,* Prevention through Enforcement in Private Law, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention in Law (2013) 31.

296 Zu einigen Fragen ausführlicher *Koziol,* Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, Canaris-FS I (2007) 631. Siehe ferner die ausführliche rechtsvergleichende Untersuchung bei *von Bar,* Gemeineuropäisches Deliktsrecht I (1996) Rz 411 ff.

297 Dazu jüngst wieder *Picker,* Prävention durch negatorischen Schutz, in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention 61.

298 Siehe ausführlich *Dreier,* Kompensation und Prävention (2002) 20 ff.

299 Siehe zB *Schäfer/Ott,* The Economic Analysis of Civil Law (2004) 235 ff.

300 Das gilt jedenfalls für das deutsche, österreichische und schweizerische Recht, siehe *Koziol,* Die Tötung im Schadenersatzrecht, in: Koziol/Spier (Hrsg), Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 203 ff. Anders jedoch nach japanischem Recht, das einen Schadenersatzanspruch des Getöteten, der auf die Erben übergeht, anerkennt; siehe dazu *Marutschke,* Einführung in das japanische Recht[2] (2010) 171 f; *Nitta,* Die Berechnung des Schadens beim Unfalltod eines minderjährigen Kindes, in: von Caemmerer/Müller-Freienfels/Stoll (Hrsg), Recht in Japan: Berichte über Entwicklungen und Tendenzen im japanischen Recht (1998) 77 ff.

Unterhaltsberechtigte vorhanden: in Wirklichkeit besteht – wenn die Rechtsordnung insgesamt betrachtet wird – keine Schutzlücke, da das Strafrecht das menschliche Leben in umfassender Weise schützt[301].

Was die Durchsetzungsdefizite bei *Streuschäden* und *Bagatellschäden* betrifft, so wurde in einigen Rechtsordnungen zumindest für Sonderbereiche, in denen die Unzulänglichkeit des Schadenersatzrechts besonders auffällig war, wirksame Abhilfe geschaffen. Diese Ansatzpunkte beruhen auf Gedanken, die über die aktuellen Anlassfälle hinaus generell Anerkennung verdienen und daher verallgemeinerungsfähig sind. Zu denken ist insbesondere an die im deutschen Wettbewerbsrecht durch § 10 UWG im Jahre 2004 eingeführte Verbandsklage zur *Gewinnabschöpfung*[302]; dieser bahnbrechenden Bestimmung folgte etwas später § 34a GWB[303]. Nach diesen Regelungen kann derjenige, der vorsätzlich bestimmte unzulässige geschäftliche Handlungen vornahm und hiedurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielte, von bestimmten Verbraucherschutzverbänden auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber zu Recht berücksichtigte, dass es bei diesen Klagen nicht um die Durchsetzung individueller Interessen, sondern gesamtgesellschaftlicher Ordnungsfunktionen geht[304], und daher die Abschöpfungsbeträge nicht Einzelpersonen zufließen dürfen. Es wurde somit entsprechend dem im Privatrecht herrschenden Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung vermieden, Einzelpersonen sachlich nicht zu rechtfertigende Zufallsgewinne zukommen zu lassen, jedoch deren Schäden auszugleichen. **8/172**

Bei einer allgemeinen Regelung wären sicherlich einige Korrekturen vorzunehmen[305]. So ist etwa die Beschränkung auf vorsätzliches Verhalten bei Bereicherungsansprüchen nicht zu rechtfertigen, vielmehr sollten diese bei jedem Eingriff in umfassend oder zumindest gegen bestimmte Verhaltensweisen geschützte Güter gewährt werden. Die *Verbandsklage* sollte bei Streu- und Bagatellschäden überdies auf Schadenersatzansprüche ausgedehnt werden und dann entsprechend den allgemeinen Regeln auch bei fahrlässigem Verhalten des Täters oder bei Bestehen einer Gefährdungshaftung eingreifen. Es sollte auch daran gedacht werden, den Verbänden einen stärkeren Anreiz zur Klagseinbringung zu bieten, **8/173**

301 *Koziol* in: Koziol/Spier (Hrsg), Liber Amicorum Pierre Widmer 206; so auch *B.A. Koch,* Der Preis des Tötens, in: Ganner (Hrsg), Die soziale Funktion des Privatrechts, Barta-FS (2009) 189; *Kötz/G. Wagner,* Deliktsrecht[12] (2013) Rz 742.

302 Siehe dazu aus jüngerer Zeit die eingehenden Arbeiten von *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb (2012) 501 ff; *Herzberg,* Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG (2013).

303 Dazu *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung 578 ff.

304 So *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung 478 ff.

305 So etwa auch *Herzberg,* Gewinnabschöpfung 547 ff.

indem ihnen ein größerer Teil des erstrittenen Betrages für weitere entsprechende Aktivitäten zur Verfügung gestellt wird.

8/174 Sollte darüber hinaus tatsächlich noch Bedarf an weiteren Sanktionen bestehen, so müsste zunächst – wegen des im Privatrecht geltenden Prinzips der zweiseitigen Rechtfertigung – an einen Ausbau des *Strafrechts* und auch des Verwaltungsstrafrechts gedacht werden. Soweit dagegen berechtigte Bedenken wegen einer Überlastung der Strafgerichte und Verwaltungsgerichte bestünden, wäre an *Zwischenlösungen* zwischen Privat- und Strafrecht zu denken, die sowohl die Strukturprinzipien des Privatrechts als auch des Strafrechts berücksichtigen. Sie müssten daher einerseits eine Verletzung des Prinzips der beidseitigen Rechtfertigung und damit eine nicht zu rechtfertigende Vorteilserlangung seitens der Kläger[306] vermeiden, indem sie wie bei der Gewinnabschöpfung nach § 10 des deutschen UWG sowie nach § 34a deutsches GWB aber auch nach anderen europäischen Vorbildern privaten Verbänden das Klagerecht einräumen[307] und zu leistende Strafbeträge der öffentlichen Hand, sozialen Institutionen[308] und Schutzverbänden zufließen. Da es um echte Strafzahlungen und nicht um Schadensausgleich oder Abschöpfung von Gewinnen ginge, müsste andererseits aber in derartigen Verfahren dafür Sorge getragen werden, dass die strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze, die dem Schutz von Angeklagten dienen, eingehalten werden; überdies wäre das Prinzip zu beachten, dass im Strafrecht Sanktionen nur auf Grund ausdrücklicher Bestimmungen verhängt werden dürfen, so dass Analogieschlüsse problematisch wären.

II. Ökonomische Optimierung

8/175 Der ökonomischen Analyse wird in allen Länderberichten *keine* entscheidende Bedeutung beigemessen, ihre Ergebnisse werden lediglich allenfalls mitberücksichtigt. In Frankreich wird hervorgehoben, die Ansicht, »dass Zahlen nicht alles erklären können, und die Wirklichkeit sich nicht auf mathematische Formeln reduzieren lässt, spiegelt gut französischen Skeptizismus wider: das Glaubensbekenntnis der law-and-economics-Schule, wonach menschliche Tätigkeit durch die

306 Zur dieser Entwicklung siehe *Jansen* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II (2007) §§ 249–253, 255 Rz 17 f, 21, 61. Zur Rechtsprechung des BGH vgl *Dressler,* Schadensausgleich und Bereicherungsverbot, G. Müller-FS (2009) 11 ff.

307 Siehe ferner die Vorschläge von *van Boom,* Efficacious Enforcement in Contract and Tort (2006) 29, 33.

308 Vgl *Ben-Shahar,* Causation and Forseeability, in: Faure (Hrsg), Tort Law and Economics 99 f, der dies offenbar ganz allgemein für Fälle vorsehen will, in denen die Zahlung den tatsächlichen Schaden übersteigt.

Idee der Vermögensmaximierung angetrieben wird, ist eine unzulässige Vereinfachung, und kann nicht alles erklären. Es wird von den meisten Gelehrten ignoriert oder abgelehnt«[309]. Für Norwegen wiederum wird festgehalten: »Die herrschende Meinung scheint zu sein, dass law and economics mit unzulässig vereinfachenden und verallgemeinernden Annahmen operiert, und dass der Rationalitätsansatz die moralischen Fragen nicht erfasse, die dem Schadenersatzrecht innewohnen. Trotzdem können die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften in bestimmten Bereichen zweifellos hilfreich sein, allerdings nicht als Ersatz für Schadenersatzrecht, sondern nur als Ergänzung zu rechtlichen Überlegungen.«[310] Das entspricht weitgehend dem ungarischen Standpunkt[311]. Ganz in dieselbe Richtung geht schließlich auch die Aussage *Oliphants*[312]*:* »die moderne law and economics-Richtung hat unter Schadenersatzrechtlern in England oder in anderen Teilen des Commonwealth nur geringen Einfluss gewonnen.«

Green/Cardi[313] halten fest, dass die alleinige Maßgeblichkeit der ökonomischen Analyse auch in deren Heimatland kaum mehr vertreten wird. »Die Ökonomische Analyse vertritt heute vielmehr den Standpunkt: ›Wenn wir die Effizienz berücksichtigen wollen, dann sollte das Recht so strukturiert sein‹«. Sie heben aber die Bedeutung der ökonomischen Analyse für die Betonung des Präventionsgedankens hervor. Ferner meinen *Green/Cardi:* »Eine bedeutende Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte ist die Verhaltensökonomie.« **8/176**

Schlussfolgerungen: Abgesehen von der energischen Minderheit in Deutschland scheint in allen beteiligten Rechtsordnungen zwar die maßvolle Mit-Berücksichtigung der ökonomischen Aspekte befürwortet, deren alleinige Maßgeblichkeit jedoch verneint zu werden. Das scheint ein durchaus sachgerechter, Monokulturen vermeidender Ansatz zu sein[314], der allgemeine Anerkennung finden könnte. **8/177**

309 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/68.
310 *Askeland,* Norwegen Rz 2/33.
311 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/59.
312 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/58; siehe auch *Lobban,* English jurisprudence and tort theory, in: Lobban/Moses (Hrsg), The Impact of Ideas on Legal Development (2012) 145 ff.
313 *Green/Cardi,* USA Rz 6/61, 63.
314 Siehe Basic Questions I Rz 3/29; *Koziol* in: Tichý/Hrádek (Hrsg), Prevention in Law (2013) 138 ff.

Teil 4 Der Bereich zwischen Delikt und Verletzung eines Schuldverhältnisses

I. Rechtsvergleichender Rundblick

8/178 Der deliktischen Haftung wird vielfach die *vertragliche Haftung* gegenübergestellt. Diese Unterscheidung ist allen hier erörterten Rechtsordnungen geläufig und auch von erheblicher Bedeutung[315]: Die vertragliche Haftung ist vielfach schärfer als die deliktische, da sie entweder eine Umkehr der Beweislast bezüglich des Verschuldens oder sogar eine verschuldensunabhängige Haftung vorsieht; in vielen Rechtsordnungen ist für den vertraglichen Bereich eine weitergehende Gehilfenhaftung als im deliktischen Bereich vorgesehen und schließlich sind nach den vertragsrechtlichen Normen regelmäßig auch reine Vermögensschäden ersatzfähig. Der Frage nach den Gründen der unterschiedlichen Ausgestaltung und der Grenzziehung wird aber kaum besondere Aufmerksamkeit gewidmet[316].

8/179 Wie der rechtsvergleichende Rundblick zeigt, wird manchmal der *culpa in contrahendo,* also der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten, eine Sonderstellung zugebilligt[317] und der Ausgleich reiner Vermögensschäden akzeptiert; überwiegend werden vorvertragliche Verletzungen jedoch den Delikten zugezählt[318] und auch sonst keine Zwischenstufen oder Übergänge herausgearbeitet, sondern einzelne Fallgruppen für sich, ohne Bedachtnahme auf größere Zusammenhänge einer Lösung nach Vertrags- oder Deliktsrecht zugeführt[319]. Unterschiede bestehen auch insofern, als in manchen Rechtsordnungen vertragliche und deliktische Ansprüche wahlweise geltend gemacht werden können[320], insbesondere in Frankreich wird jedenfalls eine Kumulation abgelehnt[321]. So wie im deutschen Rechtskreis weisen auch in Polen die beiden Ansprüche Unterschiede bei der Beweislast-

---

315 Siehe etwa *Moréteau,* Frankreich Rz 1/72 ff; *Askeland,* Norwegen Rz 2/38.

316 *Askeland,* Norwegen Rz 2/38; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/52 ff; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/13 und 61 f.

317 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/52; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/68. Siehe auch den Hinweis für *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/65.

318 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/84 (differenzierend); *Askeland,* Norwegen Rz 2/36; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/52 und 60; *Yamamoto,* Japan Rz 7/187 ff. Laut *Menyhárd,* Ungarn, Rz 4/68, dann, wenn es zu keinem Vertragsabschluss kommt.

319 *Askeland,* Norwegen Rz 2/34 ff; vgl auch *Moréteau,* Frankreich Rz 1/80 ff. Die Zwischenstellung zwischen Vertrag und Delikt betont hingegen *Jansen,* The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment and Contract Law, JETL 2010, 40 ff.

320 *Askeland,* Norwegen Rz 2/34; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/59; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/69.

321 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/86; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/61 f.

verteilung, den zu ersetzenden Schäden und der Gehilfenhaftung, manchmal auch der Verjährung auf[322].

Nicht grundsätzlich abweichend ist die Lage in den USA: *Green/Cardi*[323] halten fest, dass Schadenersatzrecht und Vertragsrecht in den USA als selbständige Gebiete behandelt werden und amerikanische Juristen die nach Schadenersatzrecht und Vertragsrecht begründeten Obligationen nicht einander gegenüberstellen und vergleichen würden. »Stattdessen betrachtet die US-amerikanische Rechtsordnung Deliktsobligationen *(tort obligations)* als vom Recht auferlegte Verpflichtungen, die das Verhältnis zwischen Fremden regeln. Im Unterschied dazu handelt es sich bei vertraglichen Verpflichtungen *(contractual obligations)* um Obligationen, die aus freiwillig getroffenen Vereinbarungen hervorgehen.« Mit dieser Feststellung nehmen die US-Berichterstatter aber nicht Bedacht darauf, dass die den Vertragsparteien auferlegte Pflicht zum Ersatz des dem anderen Partner zugefügten Schadens in aller Regel nicht durch eine konkrete Vereinbarung der Parteien, sondern durch die Rechtsordnung vorgesehen wird; nur in wenigen Fällen vereinbaren die Parteien Haftungsregeln. **8/180**

Green/Cardi weisen ferner darauf hin, dass das US-Recht Fällen ablehnend gegenübersteht, in denen sowohl außervertragliches als auch vertragliches Haftungsrecht anwendbar sein könnte. Produkthaftung und Haftung wegen ärztlicher Fehlbehandlung sind wichtige derartige Gebiete. Aus historischen Gründen wird in den USA die Haftung für berufliches Fehlverhalten vom außervertraglichen Schadenersatzrecht beherrscht und ist nicht Gegenstand des Vertragsrechts. Andererseits kann ein Geschädigter im Bereich der Produkthaftung sich entweder auf das außervertragliche Schadenersatzrecht oder auf eine Garantie berufen. **8/181**

II. Stellungnahme

Um das Verhältnis zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung besser verstehen zu können, ist es erforderlich, die Kernbereiche der beiden Haftungsarten, deren Abgrenzung, die für sie maßgebenden Grundgedanken und damit auch die Bedeutung der Unterscheidung der beiden Haftungsbereiche etwas herauszuschälen[324]. **8/182**

322 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/54.

323 *Green/Cardi,* USA Rz 6/66.

324 Siehe dazu auch *Moréteau,* Revisiting the Grey Zone between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligation, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 60 ff.

8/183 Eindeutig zum Kernbereich der *Vertragshaftung* gehören die Verletzungen der Pflichten zur Erbringung einer Leistung, also der Erfüllungspflichten. Hier dürfte der – im common law[325], in Frankreich bei den obligations de résultat[326] aber auch im UN-Kaufrecht[327] noch stärker ausgeprägte – *Garantiegedanke* eine Rolle spielen[328]: Wenn der Schuldner verspricht, eine bestimmte Leistung zu erbringen, so wird dies selbst in Rechtsordnungen, die nicht von einem Garantieversprechen ausgehen, immerhin als eine Art Anerkenntnis der Leistungsfähigkeit verstanden, das zwar nicht die Kraft hat, eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung auszulösen, jedoch die Vermutung begründet, dass eine Nichterfüllung auf ein Fehlverhalten des Schuldners zurückzuführen ist; der Schuldner, der die versprochene Leistung nicht erbringt, muss daher beweisen, dass ihm kein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen ist. Insofern ist die vertragliche Haftung strenger als die deliktische. Daneben fällt ins Gewicht, dass bei Vertragsbeziehungen jeder Partner seine Sphäre den Einwirkungsmöglichkeiten des anderen verstärkt öffnet und damit einer erhöhten Gefährdung seiner Person und seiner Güter ausgesetzt ist. Dass die Gefahrenerhöhung zur Haftungsverschärfung durch eine Verschuldensvermutung führen kann, wird in so manchen Rechtsordnungen anerkannt.

8/184 Hinzu kommt, dass in den auf Austausch gerichteten Vertragsverhältnissen die Gefährdung des jeweils anderen auch im eigenen *geschäftlichen Interesse* erfolgt. Werden in Verfolgung eigener Geschäftsinteressen andere einer zusätzlichen Gefährdung ausgesetzt, so sind erhöhte Sorgfaltsanforderungen zumutbar und diese liegen auch im beiderseitigen Interesse, Schäden möglichst zu minimieren. Daher können jedem der Vertragspartner erstens ein erhöhtes Maß an Sorgfalt, zweitens Pflichten zu aktivem Tun, und drittens die Rücksichtnahme auf die reinen Vermögensinteressen des anderen auferlegt werden[329]. Insbesondere die weitergehende vertragliche Haftung für reine Vermögensschäden ist von höchster praktischer Bedeutung.

8/185 In jenen Rechtsordnungen, die im deliktischen Bereich keine umfassende Einstandspflicht des Geschäftsherrn für ihre *Gehilfen* kennen[330], wird in Vertragsverhältnissen eine Verschärfung vorgesehen: Wer seinen wirtschaftlichen Nutzen und seine wirtschaftlichen Chancen durch die Heranziehung von Gehilfen erhöhen kann und darf, soll auch die mit der Einschaltung der Gehilfen verbundenen

325 *Beale* in Beale (Hrsg), Chitty on Contracts I[31] (2012) Para 26-001 ff; *McKendrick* in Burrows (Hrsg), English Private Law[3] (2013) Rz 8.407 ff.

326 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/74.

327 *Köhler,* Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt (2003) 122 ff.

328 Siehe *Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts[14] I (1987) 278.

329 Basic Questions I Rz 4/5 und 53.

330 Basic Questions I Rz 4/4; *Yamamoto,* Japan Rz 7/175. Siehe jüngst auch *Ondreasova,* Die Gehilfenhaftung (2013) 47 ff, 97 ff.

Schäden tragen. Es ist auch zu bedenken, dass die Stellung des Gläubigers durch die Beiziehung von Hilfspersonen erheblich verschlechtert wäre, träfe den Schuldner lediglich eine Haftung für Auswahl- und Überwachungsverschulden, und den Gehilfen, der durch die vertraglichen Verpflichtungen nicht gebunden ist, nur die allgemeine deliktische Haftung[331].

In manchen Rechtsordnungen spielt die Zuordnung zum Bereich der Vertragshaftung oder der Deliktshaftung auch insofern eine erhebliche, praktisch bedeutsame Rolle, als unterschiedliche *Verjährungsregeln* zur Anwendung gelangen[332]. **8/186**

Obwohl von einer Vertragsverletzung im eigentlichen Sinn lediglich dann zu sprechen ist, wenn den – privatautonom vereinbarten – Erfüllungspflichten nicht nachgekommen wird, besteht insbesondere in den deutschsprachigen Rechtsordnungen, aber teilweise auch in Frankreich[333], eine starke Tendenz, die für den Geschädigten erheblich günstigeren Vertragsregeln selbst dann anzuwenden, wenn es um den Schutz der Güter des Partners und damit um dessen *Integritätsinteressen* geht. Ein gutes Beispiel bieten die Fälle der *culpa in contrahendo,* also der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten. Obwohl noch gar kein Vertrag abgeschlossen wurde, werden weitgehende Sorgfaltspflichten zwischen den Partnern angenommen und bei deren Verletzung die Regeln der Vertragshaftung angewendet, insbesondere bezüglich der weitgehenden Gehilfenhaftung und der Haftung für reine Vermögensschäden. Wie schon erwähnt, werden in der wohl überwiegenden Zahl der Rechtsordnungen die Fälle der culpa in contrahendo dem deliktischen Bereich zugeordnet, ihnen wird jedoch eine Sonderstellung zugebilligt. Ob nun in derartigen Fällen von einer vertraglichen oder deliktischen Haftung oder einem Zwischenbereich gesprochen wird, ist eher eine terminologische Frage. In der Sache geht es um die Erkenntnis, dass die allgemeine deliktische Haftung[334], bei der es um Ausgleich bei Verletzung der Integritätsinteressen geht, dann einer vertraglichen Haftung gleichgestellt oder angenähert wird, wenn die für die Verschärfung der vertraglichen Haftung maßgebenden Faktoren gleichermaßen oder teilweise gegeben sind. **8/187**

Ein weiteres praktisch bedeutsames Beispiel bietet die *Prospekthaftung* des Prospekterstellers gegenüber dem Adressaten, der regelmäßig kein Vertragspartner ist. Dennoch wird insbesondere eine weitgehende Haftung für reine Vermögensschäden und die Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsregelung vertreten. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass der im eigenen Interesse **8/188**

331 Basic Questions I Rz 6/105 f.

332 Das wird insbesondere für das japanische Recht hervorgehoben: *Yamamoto,* Japan Rz 7/189.

333 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/80 f.

334 Die Einheitlichkeit des Bereiches des Schutzes der Erhaltungsinteressen innerhalb und außerhalb von Sonderbeziehungen betont *Katzenstein,* Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter (2004) 161 ff.

handelnde Prospektverantwortliche sich als sachkundig ausgibt, seine Erklärung an die Interessenten richtet, deren Vertrauen er erwecken will, um ihre Dispositionen zu beeinflussen. Die Prospekthaftung ist damit ein Unterfall der sogenannten Vertrauenshaftung, die Interessenlagen erfasst, die jener bei Vertragsabschlüssen nahekommen[335].

8/189 Meines Erachtens sollten bezüglich des angesprochenen *Zwischenbereichs* zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung oder – anders ausgedrückt – der in bestimmten Fällen sachgerechten Annäherung der deliktischen an die vertragliche Haftung zumindest in Europa in der Sache keine unüberwindbaren Schwierigkeiten für eine Angleichung der Standpunkte bestehen. Einerseits fehlt es bisher in den meisten Rechtsordnungen an einer wirklich gründlichen Diskussion, damit aber auch an schon eindeutigen Festlegungen. Andererseits besteht ziemlich allgemein eine ausreichende Flexibilität für sachlich befriedigende Lösungen in dem umschriebenen Zwischenbereich: Es werden ohnehin vielfach gerade jene oben erwähnten Faktoren als entscheidend herangezogen, die für eine Verschärfung der Vertragshaftung gegenüber der normalen deliktischen Haftung sprechen. Bei der Festlegung der Sorgfaltspflichten wird nämlich häufig auf eine besondere Nahebeziehung und das Ausmaß der Gefährdung abgestellt; der Ersatz reiner Vermögensschäden wird unter Abwägung verschiedener Faktoren zugesprochen, wobei unter anderem die Erweckung des Vertrauens auf Erklärungen bedeutsam ist; von der grundsätzlichen Beweislastregel werden vielfach Abweichungen eingeräumt oder durch den Beweis des ersten Anscheins im Ergebnis zugelassen. Unterschiede bei der Gehilfenzurechnung im vertraglichen und deliktischen Bereich existieren nur in manchen Rechtsordnungen, so dass kein generelles Problem besteht; für die Rechtsordnungen die insofern differenzieren, müsste allerdings um Ausnahmen in manchen Fällen gerungen werden.

335 *Canaris,* Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, Larenz-FS (1983) 91 ff; *Kalss,* Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, ÖBA 2000, 648 ff.

Teil 5 Die Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs

I. Schaden

A. Rechtsvergleichender Rundblick

Wenn in den deutschsprachigen Rechtsordnungen von *Schadenersatzrecht* gesprochen wird, so ist damit klargestellt, dass jener Regelungsbereich gemeint ist, der den Ausgleich erlittenen Schadens vorsieht, wenn die Grundvoraussetzung der Verursachung eines Schadens und die mehr oder weniger allgemein umschriebenen Zurechnungsgründe, insbesondere der Verschuldens-, Gehilfen- und Gefährdungshaftung, gegeben sind (siehe § 823 Abs 1 BGB, § 1295 Abs 1 ABGB, Art 41 Abs 1 OR)[336]. Das steht im Einklang mit der Betonung des Ausgleichsgedankens in diesen Ländern[337]. Da es stets um eine einheitliche, inhaltlich bestimmte Rechtsfolge geht, nämlich den *Ersatz des verursachten Schadens,* handelt es sich von der Grundvoraussetzung (Verursachung eines Schadens) und von der Rechtsfolge (Ausgleich dieses Schadens) aus gesehen um ein durchaus homogenes Rechtsgebiet: Das Schadenersatzrecht umfasst all jene Normen, die Voraussetzungen und Inhalt der auf den Ausgleich von Schäden gerichteten Ansprüche regeln. Entsprechendes gilt auch für die anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, die ebenfalls ein Schadenersatzrecht als eigenes Rechtsinstitut ausgebildet haben, das auf den Ausgleich erlittenen Schadens ausgerichtet ist[338]. In all diesen Rechtsordnungen haben sich daher verständlicherweise Rechtsprechung und Lehre mit dem *Schadensbegriff* und den unterschiedlichen Schadensarten zumindest in groben Umrissen auseinandergesetzt. Im Wesentlichen wird von einem normativ geprägten Begriff ausgegangen und unter Schaden eine nachteilige, rechtlich relevante Veränderung geschützter Interessen verstanden, wobei vor allem zwischen materiellem und immateriellem Nachteil unterschieden wird[339]. Erwähnenswert **8/190**

336 Siehe dazu auch *Koziol,* Schadenersatzrecht und Law of Torts. Unterschiedliche Begriffe und unterschiedliche Denkweisen, Magnus-FS (2014) 64.

337 Dazu oben Rz 8/146 ff.

338 Die Ausgleichsfunktion wird besonders in Frankreich betont, siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/64 ff und 107. Eine Übersicht bieten die Länderberichte unter General Overview (Nr 1) in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (2011).

339 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/65 ff, 91 ff; *Askeland,* Norwegen Rz 2/40 ff; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/61; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/70 ff. Zu weiteren Rechtsordnungen siehe die Länderberichte in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest II: Damage.

ist schließlich, dass die PETL in Art 2:101 sogar zu einer umfassenden Definition des Schadens gefunden haben: »Schaden setzt einen vermögenswerten oder ideellen Nachteil an einem rechtlich geschützten Interesse voraus«. In Art VI.–2:101 DCFR wird der »legally relevant damage« umschrieben. Hiebei ist bemerkenswert, dass dann, wenn keine ausdrückliche Norm es vorsieht, nach Abs 2 »loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention«. Es wird somit nicht gefragt, welcher Schaden zu ersetzen ist, sondern als Schaden wird lediglich das Ergebnis der Prüfung sämtlicher Zurechnungsvoraussetzungen von »loss or injury« angesehen.

8/191 Nicht sehr unterschiedlich ist nach *Green/Cardi* die Situation in den USA[340]: »Die allgemeine Umschreibung von Schaden, ersatzfähigem Schaden, materiellem und immateriellem Schaden in Basic Questions I deckt sich großteils mit dem US-amerikanischen Recht, auch wenn dort häufig der Begriff *›harm‹* verwendet wird, um diese Nachteile zu beschreiben. Das US-amerikanische Schadenersatzrecht gewährt überdies Ersatz nur für rechtlich erhebliche Schäden.«

8/192 Für das englische Recht hebt *Oliphant*[341] hingegen doch ganz erhebliche Abweichungen hervor: »Das englische tort law kennt keinen allgemeinen Begriff von ›Schaden‹, es existieren nur wenige akademische Erörterungen des Themas, doch Schaden spielt eine wichtige Rolle in den meisten vom englischen Recht anerkannten torts. Da im common law nach einer Schätzung 70 oder mehr torts anerkannt werden[342], könnte man sagen, dass es in der Tat im englischen Recht 70 oder mehr Schadensbegriffe gibt. Das übertreibt vielleicht ein wenig, doch es zeigt die Schwierigkeit, mit der ein englischer Jurist auf diesem Gebiet konfrontiert ist. Es ist keineswegs gesichert, dass etwas, das beim Delikt A als Schaden betrachtet wird, auch beim Delikt B als Schaden gilt.« Dies hängt wohl auch wieder damit zusammen, dass torts actionable per se (zB trespass) keinen Schaden sondern nur einen Eingriff voraussetzen und daher auch nicht auf den Schadensausgleich gerichtet sind; ferner injunctions, also Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, ebenfalls vom law of torts erfasst werden, obwohl sie keinen Schadenseintritt voraussetzen und sie nicht auf Schadensausgleich, sondern auf Verhinderung oder Beseitigung einer Störung gerichtet sind. Die fehlende Differenzierung der Rechtsbehelfe nach Aufgaben, Voraussetzungen und Rechtsfolgen verhindert daher, Schaden als generelle Voraussetzung im Bereich des law of torts anzuerkennen, sowie Arten, Unterschiede und Gemeinsamkeiten einer Schadensvoraussetzung zu diskutieren.

---

340 *Green/Cardi,* USA Rz 6/70.

341 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/66 f; ebenso *Oliphant,* General Overview, England and Wales, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest II: Damage 1/12 Rz 1; siehe auch *Nolan,* Damage in the English Law of Negligence, JETL 2013, 259.

342 *B. Rudden,* Torticles (1991–1992) 6/7 Tulane Civil Law Forum (Tul Civ LF) 105.

Es zeigt sich damit auch hier wieder[343], dass das ausgedehnte, vielfältige Feld des law of torts keinesfalls mit dem kontinentaleuropäisch geprägten Schadenersatzrecht gleichgestellt werden kann. Lediglich jener – immerhin größere – Teil des law of torts, in dem der Eintritt eines Schadens vorausgesetzt wird und als Rechtsfolge dessen *Ausgleich* vorgesehen wird, kann mit der außervertraglichen Schadenshaftung gleichgesetzt werden. Nur dieser Bereich kann daher letztlich für die Herausarbeitung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden sinnvollerweise in die Untersuchung einbezogen werden. Für diesen Teil des law of torts, der auf den Ausgleich eines verursachten Nachteils ausgerichtet ist, müsste es auch für das englische Recht möglich sein, zu einer allgemeineren Umschreibung des Schadens und der Herausarbeitung verschiedener Schadensarten zu gelangen. **8/193**

In manchen der hier behandelten Rechtsordnungen wird betont, dass der ersatzfähige Vermögensschaden grundsätzlich sowohl den positiven Schaden (damnum emergens) als auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) umfasst[344]. Wegen des Grundsatzes vollen Ersatzes spielt diese Differenzierung allerdings regelmäßig keine besondere Rolle, außer in Verbindung mit der Frage, ob reiner Vermögensschaden zu ersetzen ist[345]. Erwähnung findet ab und zu auch der reale Schaden[346], der insbesondere im Zusammenhang mit der Naturalrestitution Bedeutung erlangen kann. Allen Rechtsordnungen ist hingegen die Unterscheidung von materiellem und immateriellem Schaden geläufig, wobei die Besonderheiten des ideellen Schadens allgemein hervorgehoben und auf die Zurückhaltung bei dessen Ersatz hingewiesen wird[347], wobei in Frankreich auch Bedenken gegen eine Umsetzung von Leid in Geld eine Rolle spielen. In manchen Rechtsordnungen wird auch davon gesprochen, dass es bei diesen Schäden nicht um einen Ausgleich, sondern um eine andere Art der Ersatzleistung geht[348]. **8/194**

B. Schlussfolgerungen

Hervorzuheben ist wiederum, dass in die Untersuchung nur jener Teil des law of torts einbezogen werden darf, in dem als Rechtsfolge compensatory damages vorgesehen sind und es daher so wie in den kontinentaleuropäischen Schadenersatzrechten um den Ausgleich verursachten Schadens geht. **8/195**

343 Siehe schon oben Rz 8/29; ferner *Koziol,* Magnus-FS 64 ff.
344 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/74; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/70.
345 Siehe *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/75.
346 *Askeland,* Norwegen Rz 2/41.
347 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/65, 96 ff; *Askeland,* Norwegen Rz 2/50; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/64; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/71; *Green/Cardi,* USA Rz 6/71 ff.
348 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/71 f. Auch im französischen Recht gibt es Stimmen in diese Richtung, vgl *Moréteau,* Frankreich Rz 1/65, 97.

8/196 Soweit das Verständnis des *Vermögensschadens* zur Diskussion steht, dürften kaum unüberbrückbare Gegensätze gegeben sein; lediglich die klarere Herausarbeitung könnte Schwierigkeiten bereiten. Beim *ideellen Schaden* stellen sich hingegen doch einige grundsätzlichere Fragen.

8/197 Zunächst stößt schon die eindeutige *Umschreibung,* was unter ideellem Schaden zu verstehen ist, auf Hindernisse. Die Grenzziehung zwischen Vermögensschäden und ideellen Schäden erscheint jedoch erforderlich, da – worauf sogleich näher einzugehen ist – verbreitet eine gewisse Einschränkung des Ersatzes ideeller Schäden im Vergleich zum Ausgleich materieller Schäden feststellbar ist. Die Abgrenzung der beiden Schadensarten voneinander und die Herausarbeitung der Gründe für die Differenzierung sind daher wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen erforderlich. Nur wenn Klarheit darüber besteht, kann auch ein Etikettenschwindel, mit dessen Hilfe – vermeintliche oder wirklich bestehende – Schutzlücken bei ideellen Schäden zu schließen versucht werden, hintan gehalten und können wertungskonforme Ergebnisse sichergestellt werden. Wie vor allem im deutschen Recht – aber manchmal auch in anderen Rechtsordnungen – festzustellen ist, werden nicht selten ideelle Schäden als Vermögensschäden bezeichnet, um die erwünschte Ersatzfähigkeit zu erreichen[349]. Eine bloße Umbenennung des Schadens kann jedoch keine überzeugende Lösung sein; es ist vielmehr danach zu fragen, ob es ausreichende Gründe dafür gibt, in derartigen Fällen Ersatz für ideelle Schäden zuzusprechen, obwohl sie nach den allgemeinen Regeln nicht ersatzfähig wären. Dabei ist selbstverständlich auf die Wertungen, die den gesetzlichen oder von den Gerichten aufgestellten Regeln zugrunde liegen, abzustellen. So kann etwa die typische Bemessbarkeit eines ideellen Schadens an Hand von objektiven Kriterien eine Erweiterung der Ersatzfähigkeit rechtfertigen[350].

8/198 Ferner geht es um die Frage, ob die Zahlungen für ideelle Schäden der *Kompensation* des Schadens dienen oder eine andere Funktion haben. So wie früher im deutschen Recht die Genugtuungsfunktion des Ersatzes für ideelle Schäden betont wurde[351], wird nun auch für das ungarische Recht nicht von einer Kompensation, sondern von Wiedergutmachung (indemnification) gesprochen[352]. Es ist sicherlich zutreffend, dass ein gewisser Unterschied zum Ersatz bei Vermögensschäden gegeben ist, da diese in Geld bemessen und daher auch in Geld ausgeglichen werden können, dies hingegen bei ideellen Schäden ihrer Definition nach nicht der Fall ist. Bei ideellen Nachteilen kann daher eine Geldzahlung nur dazu führen, dass damit die Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen – grob

349 Basic Questions I Rz 5/23 ff; siehe auch *Askeland,* Norwegen Rz 2/48; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/67 f; *Green/Cardi,* USA Rz 6/76; anderseits *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/84.

350 Basic Questions I Rz 5/25, 30 f.

351 Basic Questions I Rz 3/3.

352 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/72.

gesagt – der Geschädigte in die Lage versetzt wird, zum Ausgleich für die immateriellen Nachteile sich immaterielle Vorteile zu verschaffen. Ob man deshalb davon spricht, dass es nicht mehr um eine Kompensation sondern um eine Wiedergutmachung geht oder in beiden Fällen vom Ausgleich, der aber bei ideellen Schäden Besonderheiten aufweist, ist eher eine Frage der Terminologie und der Klarheit der Ausdrucksweise. In der Sache dürften jedoch keine wirklichen Gegensätze zwischen den beiden Auffassungen bestehen.

Weiters ist zwar festzustellen, dass in allen Rechtsordnungen eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der *Ersatzfähigkeit* ideeller Schäden besteht, die Eingrenzungen sind jedoch unterschiedlich und manchmal unbestimmt. Dabei geht es ohne Zweifel um Wertungsprobleme, wie schwer einerseits die bekannten Gründe für eine Einschränkung und wie hoch andererseits die Schutzbedürftigkeit des ideellen Gutes bewertet werden. Starre, eindeutig festlegbare Grenzen können wohl kaum gefunden werden. International ist ohne Zweifel eine allgemeine Tendenz zur Ausweitung der Ersatzfähigkeit festzustellen, der bisher keine klaren Grenzen gesetzt wurden. Es sollte jedoch den vor einer zu weitgehenden Ausweitung des Ersatzes warnenden Stimmen mehr Gehör geschenkt werden, und zwar nicht nur deshalb, weil die Belastung mit Schadenersatzleistungen schon die Bewegungsfreiheit bedenklich einschränkt: *Green/Cardi*[353] verweisen zu Recht auf die von gewichtigen Stimmen geäußerten Bedenken, dass »die rechtliche Anerkennung von Gefühlsschäden deren Ausmaß noch vergrößert.« Das entspricht einer auch in Österreich geläufigen Argumentation[354]. Auf die Unüberprüfbarkeit des Vorliegens ideeller Schäden und die mangelnde Objektivität der Bemessung wurde schon hingewiesen[355]. Es ist daher der ungarische Standpunkt, Ersatz ideellen Schadens nur dann zu gewähren, wenn in Persönlichkeitsrechte eingegriffen wurde[356], durchaus diskussionswürdig, wobei eine Erweiterung bei vorsätzlichen Schädigungen überlegenswert wäre. Es geht jedenfalls um grundsätzliche Wertungsentscheidungen, für die bei einer Rechtsvereinheitlichung wohl ein Kompromiss gefunden werden können sollte. **8/199**

Schließlich stellt sich bei *Komatosen* ein Grundproblem, das in den hier behandelten Rechtsordnungen jedoch ziemlich einheitlich gelöst wird: So wird in Frankreich[357] Komatosen auf Grund einer objektiven Beurteilung Ersatz zugesprochen; in Ungarn wird der Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens auf die rechtswidrige Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts gestützt[358]. Ähnlich wird auch **8/200**

353 *Green/Cardi,* USA Rz 6/72.
354 Siehe *F. Bydlinski,* Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 243.
355 Basic Questions I Rz 5/10 ff.
356 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/77.
357 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/98.
358 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/39, 72 ff.

in den USA Personen, die sich im Koma befinden, Ersatz für »loss of enjoyment of life« gewährt[359]. Das stimmt mit den Ergebnissen einer breiteren Rechtsvergleichung überein[360] und kann damit gerechtfertigt werden, dass objektivierend lediglich die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsgutes beurteilt wird und nicht auf die rein subjektiven und nicht messbaren Gefühle abgestellt wird.

8/201 Ein ähnliches Problem stellt sich bei *juristischen Personen,* die ja nicht die Fähigkeit besitzen, Gefühle zu empfinden. Deshalb werden in England zunehmend Hindernisse für Ersatzzahlungen an juristische Personen bei Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte gesehen[361]. Demgegenüber ist in Frankreich eine Entwicklung in die Gegenrichtung festzustellen: Die ablehnende Haltung, juristischen Personen Ersatz für ideelle Schäden zuzusprechen, wird zunehmend durchbrochen[362], allerdings ohne ihnen Persönlichkeitsrechte zusprechen zu wollen. *Moréteau*[363] wendet sich jedoch nicht nur ganz vehement dagegen, juristischen Pesonen Persönlichkeitsrechte einzuräumen, sondern auch gegen den Zuspruch von Ersatz für ideelle Schäden, und zwar mit dem Argument, dass juristische Personen keine Gefühle haben können. In Ungarn wird hingegen juristischen Personen bei Eingriffen in deren Persönlichkeitsrechte ein Ausgleich für diese Verletzung gewährt[364]. In Polen[365] beruft sich eine Richtung darauf, dass juristische Personen keinen seelischen Leiden ausgesetzt sind und will daher den Ersatz für ideelle Nachteile verweigern; die Gegenmeinung, die auch vom Höchstgericht vertreten wird, gewährt hingegen für die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts Ausgleich. Die objektive Bewertung von Persönlichkeitsverletzungen auch bei juristischen Personen dürfte daher zwar derzeit in der Mehrzahl der Rechtsordnungen auf Zustimmung stoßen, doch kann dies etwa für Frankreich nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden. Vielleicht könnte eine Einigung dadurch erleichtert werden, dass wegen des Unterschieds zwischen Menschen und juristischen Personen bei der Einräumung von Persönlichkeitsrechten größte Zurückhaltung geübt wird und den juristischen Personen – da es nicht auf den Schutz der Menschenwürde ankommen kann – nur insofern Persönlichkeitsrechte eingeräumt werden, als dies auch im Interesse der Gesellschaft liegt. Das könnte zum Schutz des Namens führen, da der Identifizierung von Personen auch für die Allgemeinheit Bedeutung zukommt, und zur Freiheit der Meinungsäußerung, die für die Gesellschaft von höchster Wichtigkeit ist, da

---

359 *Green/Cardi,* USA Rz 6/73.

360 *W.V.H. Rogers,* Comparative Report, in: W.V.H. Rogers (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001) 257 mit Hinweisen auf die einschlägigen Länderberichte.

361 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/82. Siehe auch *Oster,* The Criticism of Trading Corporations and their Right to Sue for Defamation, JETL 2011, 255.

362 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/66, 104.

363 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/103.

364 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/81.

365 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/66.

Massenmedien regelmäßig von juristischen Personen betrieben werden[366]. Soweit Persönlichkeitsrechte zuerkannt werden, erscheint es dann aber auch erforderlich, ihnen schadenersatzrechtlichen Schutz ihrer subjektiven Rechte zu gewähren.

Daneben besteht noch eine Problematik, die nicht nur den Bereich des ideellen, sondern auch des materiellen Schadens berührt, nämlich ob den Eltern bei *unerwünschter Geburt* eines Kindes Schadenersatzansprüche zustehen können[367]. In den Fällen unerwünschter Geburt (wrongful conception und wrongful birth) wird in England lediglich Ersatz für materielle und immaterielle Nacheile durch Schwangerschaft und Geburt, sowie ein Ersatz für die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit gewährt, nicht jedoch eine Abdeckung der Unterhaltskosten für das Kind[368]. In Norwegen erhalten die Eltern ebenfalls keinen Ersatz für die Unterhaltskosten, aber auch keine Abgeltung der Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit[369]. In Frankreich[370] scheint der Ersatz des durch die Einschränkung der Dispositionsfreiheit entstandenen ideellen Schadens nicht zur Diskussion zu stehen und andere Schäden werden lediglich in Ausnahmsfällen ersetzt, etwa bei Vergewaltigung, Inzest, Geburt eines behinderten Kindes und allenfalls bei besonderen finanziellen Schwierigkeiten. Etwas weitergehend sind die Ansprüche nach polnischem Recht[371]: Neben den durch Schwangerschaft und Geburt entstandenen Schäden werden auch die erhöhten Unterhaltskosten für ein behindertes Kind, aber auch die normalen Unterhaltskosten für ein gesundes Kind dann ersetzt, wenn die Mutter nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse des Kindes abzudecken. Ferner wird der durch die Störung der Familienplanung entstehende ideelle Schaden abgegolten. Noch darüber hinaus geht Ungarn, da bei Geburt eines behinderten Kindes eine volle Abdeckung des materiellen und immateriellen Schadens zugesprochen wird[372]. Diese Meinungsvielfalt entspricht auch einem noch breiteren rechtsvergleichenden Überblick[373]. Welcher Kompromiss hier erzielt werden könnte, lässt sich noch kaum vorhersagen. Da die nationalen Diskussionen den internationalen entsprechen, sollte aber allseits noch ausreichend Offenheit für die Einigung auf eine Lösung bestehen. Die abzuwägenden Argumente sind für eine Entscheidung jedenfalls ausreichend aufbereitet[374]. **8/202**

366 Es erstaunt daher von diesem Gesichtspunkt aus, dass *Moréteau,* Frankreich Rz 1/103, gerade ein derartiges Persönlichkeitsrecht ablehnt.
367 Siehe Basic Questions I Rz 5/39 ff.
368 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/86 ff.
369 *Askeland,* Norwegen Rz 2/44 ff.
370 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/108 f.
371 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/75 f.
372 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/84.
373 Siehe dazu die Angaben in Basic Questions I Rz 5/39, sowie Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest II: Damage Abschnitt 21.
374 Das gilt auch für eine Lösung außerhalb des Schadenersatzrechts; dazu siehe *van Boom/Pinna,* Shifts from Liability to Solidarity: The Example of Compensation of Birth Defects, in: van

8/203 Zu erinnern ist, dass für die deutschsprachigen Rechtsordnungen eine vermittelnde Lösung vorgeschlagen wurde[375]: Einerseits wird der im Entstehen eines Unterhaltsanspruchs liegende Nachteil nicht als ersatzfähig angesehen, was vor allem damit begründet wird, dass der Schädiger nicht bloß das Entstehen einer Unterhaltspflicht verursache, sondern eine umfassende familienrechtliche Beziehung geschaffen werde, die aus materiellen aber auch immateriellen Pflichten und Rechten bestehe. Da die materiellen und immateriellen Komponenten untrennbar miteinander verwoben seien, sei nicht isoliert auf eine Pflicht zu sehen, sondern nur auf die Gesamtbeziehung, die jedoch grundsätzlich nicht als Nachteil angesehen werden dürfe; es sei vielmehr davon auszugehen, dass die materiellen Nachteile (insbesondere durch die Unterhaltspflicht) durch die ideellen Vorteile (Freude am Kind) regelmäßig ausgeglichen werden[376]. Das ist allerdings dann nicht mehr der Fall, wenn die Unterhaltspflicht für die Eltern eine ganz außergewöhnliche Belastung bedeutet; in derartigen Fällen ist die über die gewöhnliche hinausgehende Belastung zu kompensieren. Dies dürfte sich weitgehend mit der polnischen Lösung decken.

II. Verursachung

A. Rechtsvergleichender Rundblick

8/204 Dass eine Haftung nur dann in Betracht kommt, wenn zwischen dem möglicherweise haftungsauslösenden Verhalten und dem eingetretenen Schaden ein Zusammenhang besteht, wird allgemein anerkannt[377]. Die Prüfung dieser Voraussetzung wird an Hand der *Conditio-sine-qua-non-Formel* (des but-for-Tests) vorgenommen[378]. Dies gilt trotz aller Unklarheiten letztlich wohl auch für Frank-

Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 143 ff.

375 Siehe Basic Questions I Rz 5/41 ff.

376 Im Ergebnis bedeutet dies eine Anrechnung ideeller Vorteile auf materielle Nachteile. Die Zulässigkeit einer derartigen Vorteilsausgleichung ist umstritten, sie wurde aber jüngst in einer umfangreichen, gründlichen und weitausholenden Untersuchung gerechtfertigt: *Erm,* Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts (2013) 313 ff, insbesondere 385 ff. Auch manche US-amerikanische Gerichte bejahen eine derartige Vorteilsanrechnung, siehe *Green/Cardi,* USA Rz 6/81.

377 *Zimmermann,* Comparative Report, in: Winiger/Koziol/B. A. Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation (2007) 1/29; *F. Bydlinski,* Causation as a Legal Phenomenon, in: Tichý (Hrsg), Causation in Law (2007) 7.

378 *Askeland,* Norwegen Rz 2/58; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/77; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/96 f (dort auch zur Theorie vom »necessary element«); *Green/Cardi,* USA Rz 6/86 ff; *Yamamoto,* Japan Rz 7/301; sowie die Länderberichte in *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann* (Hrsg),

reich[379], da betont wird: »Französische Gerichte werden eine Haftung in jedem Fall ausschließen, in dem bewiesen werden kann, dass ohne den behaupteten Umstand der Schaden trotzdem eingetreten wäre«.

Nicht überwunden ist bisher die unzureichende terminologische aber auch gedankliche Trennung zwischen dem Kriterium der *Ursächlichkeit,* das nur die äußersten Grenzen der Zurechenbarkeit absteckt, und den auf Wertungen beruhenden *Einschränkungen der Zurechnung,* etwa mit Hilfe des Adäquanzkriteriums oder des Schutzzweckes der Norm, die häufig unter der Bezeichnung »rechtliche Kausalität« behandelt werden[380]. Hier an dieser Stelle zu erörtern ist lediglich jene Ursächlichkeit, die auch »natürliche« oder »faktische« Kausalität genannt wird, obwohl sie ebenfalls rechtlich geprägt ist[381], was sich vor allem auch bei der Qualifizierung von Unterlassungen als Ursache zeigt[382]. Die Unterscheidung zwischen natürlicher und rechtlicher Kausalität wird zwar auch in Frankreich diskutiert[383], indem auf die »Äquivalenztheorie« *(équivalence des conditions),* auf die »naheliegenden Ursachen« *(proximité des causes)* oder auf die »Adäquanztheorie« *(causalité adequate)* abgestellt wird; letztlich wird jedoch nicht einmal klar zwischen der Ursächlichkeit in jeder möglichen Bedeutung einerseits und dem Verschulden sowie der Rechtswidrigkeit auf der anderen Seite unterschieden, wodurch die nachvollziehbaren Gründe der Entscheidungen weitgehend im Dunkel bleiben. Über diesen negativen Aspekt kann auch nicht der im französischen Bericht[384] so gerühmte »vom common law inspirierte pragmatische Ansatz« hinweghelfen: Ob ein pragmatischer Weg wirklich überzeugen kann, hängt doch davon ab, ob die Ergebnisse gewissen Grundsätzen der Gerechtigkeit entsprechen, vor allem jenen der Gleichbehandlung und der Sachgerechtigkeit. Die Feststellung, dass diesen Prinzipien tatsächlich entsprochen wurde, setzt die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung und der Abwägung der Interessen der Beteiligten voraus. All dies ist aber letztlich nicht wirklich möglich, wenn eine Mehrheit unterschiedlichster Zurechnungskriterien ununterscheidbar miteinander vermischt und die **8/205**

Digest I: Natural Causation Abschnitt 1. Siehe ferner Art 3:101 PETL; auch Art VI.-4:101 DCFR stellt wohl in der Sache darauf ab, da er voraussetzt, dass der Schaden »a consequence« ist.

379 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/118.

380 Siehe *Askeland,* Norwegen Rz 2/58; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/89; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/95; *Green/Cardi,* USA Rz 6/87 f; siehe ferner *van Dam,* European Tort Law[2] (2013) 307 ff; *Hamer,* »Factual causation« and »scope of liability«: What's the difference? Modern Law Review 77 (2014) 155; *Koziol,* Natural and Legal Causation, in: Tichý (Hrsg), Causation in Law 53; *Spier/Haazen,* Comparative Conclusion on Causation, in: Spier (Hrsg), Unification of Tort Law: Causation (2000) 127 ff.

381 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/87; etwas abweichend *Green/Cardi,* USA Rz 6/87 f.

382 Dazu etwa *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/79; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/93; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/99; *Green/Cardi,* USA Rz 6/89; *Yamamoto,* Japan Rz 7/310 ff.

383 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/112 ff.

384 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/112 und 116 ff.

Abwägungskriterien und deren Bewertung nicht offen gelegt werden. Ein derartiger, dogmatisch doch eher unreflektierter Weg sollte daher nicht als Vorbild einer Rechtsvereinheitlichung herangezogen werden.

8/206 Dass *solidarische* Haftung und keine Teilhaftung eintritt, wenn mehrere Personen unabhängig voneinander in verantwortlicher Weise eine conditio sine qua non für denselben Schaden gesetzt haben und daher jedem der gesamte Schaden zurechenbar ist, entspricht verbreiteter Auffassung[385], obwohl diese Lösung keineswegs selbstverständlich ist[386]: Bei Teilbarkeit von Schulden, also insbesondere bei Geldschulden, käme – so zB allgemein § 889 ABGB – eine Anteilshaftung in Betracht. Für die Solidarhaftung spricht jedoch, dass jeder Täter für den gesamten Schaden verantwortlich ist, so dass er durch die Solidarhaftung keineswegs eine unsachliche Mehrbelastung erleidet, sondern lediglich die Begünstigung der Teilhaftung nicht genießt. Das erscheint gerechtfertigt, weil einerseits das Insolvenzrisiko eines Täters eher den anderen Tätern anzulasten ist, als dem unschuldigen Geschädigten, und andererseits die Durchsetzung des Anspruchs bei Teilhaftung für den Geschädigten – auch wegen der Unkenntnis der internen Anteile – auf erhebliche Hindernisse stieße.

8/207 Die eigentlichen Schwierigkeiten und damit auch Meinungsverschiedenheiten treten in allen Rechtsordnungen bei den Problemen der gemeinschaftlich handelnden Tätermehrheit sowie der kumulativen, alternativen und überholenden Kausalität auf[387].

8/208 Bei einer Mehrheit von *gemeinschaftlich handelnden Tätern*[388] geht es vielfach um das Problem, dass regelmäßig kaum die Kausalität der Mitwirkung jedes Einzelnen beweisbar ist, da häufig die Möglichkeit besteht, dass die anderen auch ohne ihn die Tat durchgeführt hätten. Nach der allgemeinen Regel kann aber nur dann Solidarhaftung eingreifen, wenn die – häufig rein psychische – Ursächlichkeit jedes Einzelnen vom Geschädigten nachgewiesen werden könnte. Im franzö-

---

385 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/119 f und 124; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/80; zu den Unsicherheiten im ungarischen Recht *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/94. Siehe ferner Art 9:101 Abs 1 lit b PETL; VI. – 6:105 DCFR; *Brüggemeier,* Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006) 187 (er spricht sogar von einer »notwendigen Konsequenz«). Zu diesem Problembereich auch *Koziol,* Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 14/11; *Winiger,* Multiple Tortfeasors, in: Tichý (Hrsg), Causation in Law 79.

386 *W. V. H. Rogers,* Comparative Report on Multiple Tortfeasors, in: W. V. H. Rogers (Hrsg), Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors (2004) 274 ff; *W. V. H. Rogers,* Multiple Tortfeasors, in: European Group on Tort Law (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 143 f; *Koziol,* Haftpflichtrecht I³ Rz 14/11 mwN.

387 Siehe die Länderberichte in *Winiger/Koziol/B. A. Koch/Zimmermann* (Hrsg), Digest I: Natural Causation Abschnitte 5 bis 8.

388 Siehe die Länderberichte und den Comparative Report in *Rogers* (Hrsg), Unification: Multiple Tortfeasors; ferner den Comparative Report von *Winiger* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest I: Natural Causation 5/29.

sischen Recht wird deshalb Mittätern lediglich eine Teilhaftung auferlegt[389]. Im ungarischen Recht wird jedoch Solidarhaftung angenommen und es wird sogar der Einwand eines der Mittäter, die anderen hätten die Tat auch ohne seine Mitwirkung durchgeführt, nicht beachtet[390]. Das deutsche und österreichische Recht gehen zwar ebenfalls grundsätzlich von einer Solidarhaftung aus, ohne den Nachweis der Ursächlichkeit jedes Einzelnen zu verlangen[391]. Das beruht auf dem Gedanken, dass die Gemeinschaftlichkeit des Handelns die Vermutung begründet, dass jeder der Beteiligten – psychisch oder in anderer Weise – kausal war; damit wird eine Haftung für bloß potentielle Kausalität bejaht. Allerdings steht – im Gegensatz zum ungarischen Recht – jedem Beteiligten der Beweis offen, dass seine Mitwirkung keine conditio sine qua non für die Herbeiführung des Schadens war. Im polnischen Recht hat diese Problematik keine besondere Regelung erfahren, so dass es auch bei gemeinschaftlichem Handeln auf nachgewiesene Kausalität ankäme[392]; ob dies tatsächlich so gehandhabt wird, ist dem Bericht nicht zu entnehmen.

Von *kumulativer Kausalität* wird dann gesprochen, wenn zwei reale Ereignisse **8/209** gleichzeitig wirksam werden und jedes der beiden Ereignisse für sich allein geeignet gewesen wäre, den Schaden herbeizuführen[393]. Sowohl nach der Conditio-sine-qua-non-Formel als auch nach dem but-for-Test ist keines der beiden Ereignisse eine notwendige Bedingung, da jeweils das andere Ereignis auch allein ohnehin den Schaden herbeigeführt hätte[394]. Trotz fehlender natürlicher Kausalität wird allgemein davon ausgegangen, dass beide Täter haften, und zwar überwiegend solidarisch[395]; nach englischem Recht wird jedoch offenbar eine Teilhaftung angenommen[396]. Ist allerdings eines der beiden Ereignisse ein Zufall und fällt es daher in den Risikobereich des Geschädigten, so wird die Haftung des schuldhaft handelnden Täters in den USA zur Gänze verneint[397]. Dies ist allerdings schwerlich begründbar, da es ja auch bei Mitverschulden des Geschädigten nach nunmehr allgemein anerkannter Regel zu einer Schadensteilung und nicht zu einer völligen Befreiung des Täters kommt. Eine entsprechende Heranziehung dieses Gedankens erschiene auch hier sachgerecht.

389 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/129.
390 Vgl *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/94.
391 Basic Questions I Rz 5/73 f.
392 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/80.
393 Basic Questions I Rz 5/111.
394 Dies betont etwa *Yamamoto,* Japan Rz 7/332 ff. Das Problem wird hingegen in England *(Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/100 f) durch die Formulierung verdeckt, dass beide Ereignisse eine »material contribution« seien.
395 *Askeland,* Norwegen Rz 2/54 ff; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/90; *Green/Cardi,* USA Rz 6/107.
396 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/101.
397 *Green/Cardi,* USA Rz 6/108.

8/210 In den Fällen *überholender Kausalität* werden die beiden für eine Haftungsbegründung in Betracht kommenden Ereignisse hintereinander wirksam[398]. Obwohl somit von einer zeitlich gestreckten kumulativen Kausalität gesprochen werden könnte, fallen die Lösungen doch recht unterschiedlich aus: In Norwegen[399] wird der Schulfall diskutiert, dass A ein Pferd bei einem Verkehrsunfall tödlich verletzt, bevor es stirbt wird es von B erschossen. Es wird in konsequenter Weiterführung der Lösung bei kumulativer Kausalität solidarische Haftung von A und B angenommen. War das Pferd allerdings schon tot, als B den Schuss abgab, dann soll allein A haften. Das mag insofern erstaunlich erscheinen, als auch in diesem Fall A nicht kausal für den Tod des Pferdes war, da dieses ja sonst von B erschossen worden wäre, und insofern die Lage ebenfalls gleichgelagert ist wie bei kumulativer Kausalität. Der Unterschied liegt aber darin, dass nach dem Verenden der Schuss auf das Tier nicht mehr dessen Leben gefährdete und es daher insofern an der Rechtswidrigkeit fehlt, so dass eine Haftung des B nicht mehr in Betracht kommt[400]. Andererseits scheint bedenkenswert, dass in der ersten Variante der Schütze zwar ein noch lebendes Pferd erschießt und daher sicherlich noch rechtswidrig handelt, das Pferd jedoch wegen der tödlichen Verletzung lediglich einen sehr geringen Wert hat; dies könnte gegen eine solidarische Haftung und damit Gleichbehandlung der Täter sprechen. In Polen[401] wird anders als in Norwegen – aber entsprechend der herrschenden österreichischen Auffassung – davon ausgegangen, dass das zweite Ereignis außer Betracht zu bleiben hat, der erste Täter somit allein und voll haftbar bleibt. Daneben werden allerdings noch abweichende Ansichten vertreten, insbesondere neigt das Höchstgericht zur Berücksichtigung des Zweitereignisses[402]. Nach *Oliphant*[403] wird auch in England die Haftung des Ersttäters dadurch nicht berührt, dass ein Zweittäter denselben Schaden herbeigeführt hätte; der Zweittäter wird nicht zur Haftung herangezogen. Fällt das Zweitereignis in die Risikosphäre des Geschädigten, so wird hingegen – in doch recht auffälligem Wertungswiderspruch zur Lösung bei zwei verantwortlichen Tätern – der Ersttäter befreit, so dass der Geschädigte den Schaden zur Gänze allein zu tragen hat; dies im Gleichklang mit der Haftung bei kumulativer Kausalität.

398 Siehe den Comparative Report von *B.A. Koch* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest I: Natural Causation 8a/29.

399 *Askeland,* Norwegen Rz 2/67.

400 Gegen diese Begründung wenden sich allerdings *Green/Cardi,* USA Rz 6/111: »Das US-amerikanische Recht hingegen hat ein weiter gefasstes Pflichtenverständnis, zumindest im Hinblick auf die Verursachung von Personen- oder Sachschäden. Dementsprechend besteht eine grundsätzliche Verpflichtung, mit der gebotenen Sorgfalt zu handeln, wenn das eigene Verhalten für andere ein Risiko hervorruft. Die Pflicht wäre in diesem System nicht so eng auf eine bestimmte Sache ausgerichtet.«

401 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/91.

402 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/93 ff.

403 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/102 ff.

Das entspricht zwar der Lösung in den USA[404]; doch äußern *Green/Cardi* auch Verständnis für die Annahme einer Solidarhaftung[405], wenn zwei verantwortliche Schädiger vorhanden sind, schlagen allerdings die interessante Abweichung vor, dass die Haftung des Zweittäters gegenüber dem Geschädigten nur dann entsteht, wenn der Ersttäter insolvent ist[406].

Die praktisch bedeutsamste Gruppe sind die Fälle *alternativer Kausalität:* **8/211**
Das Opfer hat einen Schaden erlitten, der sicherlich entweder durch das rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführte Ereignis 1 oder durch das Ereignis 2 verursacht wurde, das in der ersten Variante ebenfalls rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt wurde oder in der zweiten Variante ein Zufall ist; es kann aber nicht festgestellt werden, welches der beiden Ereignisse die Ursache war[407]. Nach englischem[408] und norwegischem[409] Recht wird – so wie in der Schweiz[410] – keiner der beiden potentiellen Täter haftbar. Es werden jedoch nunmehr – auch im common law – abweichende Standpunkte vertreten; *Askeland* sieht allerdings eine Proportionalhaftung mit dem geltenden norwegischen Recht als nicht vereinbar an. In Frankreich[411] dürfte Solidarhaftung angenommen werden, wenn die Täter als Gruppe agierten. In Polen[412], Ungarn[413] und Japan[414] wird hingegen darüber hinaus eine Solidarhaftung der potentiellen Täter angenommen; wenn eines der

404 *Green/Cardi,* USA Rz 6/108 ff.

405 Basic Questions I Rz 5/123.

406 Zu ergänzen wäre wohl: »oder aus anderen Gründen dessen Haftung nicht durchsetzbar ist.« Fraglich ist, ob die vorgeschlagene Lösung tatsächlich zu einer Verringerung von Verfahren führen könnte, da sich oftmals erst im Verfahren gegen den primär, unbedingt haftenden Täter dessen Insolvenz herausstellt und dann ein zweites Verfahren gegen den lediglich bedingt Haftenden erforderlich wird; bei Solidarhaftung könnten hingegen beide Täter jedenfalls in einem Verfahren belangt werden.

407 Siehe dazu den Comparative Report von *Koziol* in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest I: Natural Causation 6a/29 und 6b/29; ferner jüngst *Gilead/Green/B. A. Koch* (Hrsg), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (2013), mit einer Aufgliederung in zahlreiche Untergruppen und Lösungsgesichtspunkten von *Gilead/Green/B. A. Koch,* General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report 1 ff, sowie zahlreichen Länderberichten. Zur Haftung im medizinischen Bereich siehe *B. A. Koch,* Medical Liability in Europe: Comparative Analysis, in: B. A. Koch (Hrsg), Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions (2011) 634 ff mit Hinweisen auf die Länderberichte.

408 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/106 ff; ferner *Oliphant,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in England and Wales, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 123.

409 *Askeland,* Norwegen Rz 2/59; ferner *Askeland,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in Norway, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 249 ff.

410 Basic Questions I Rz 5/83; ferner *P. Widmer/Winiger,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in Switzerland, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 323 ff.

411 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/124.

412 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/81 ff; vgl ferner *Bagińska,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in Poland, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 253 ff.

413 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/88 und 94.

414 *Yamamoto,* Japan Rz 7/351.

beiden Ereignisse ein Zufall ist, dann stehen dem Geschädigten hingegen keine Ersatzansprüche zu. Teilhaftung wird jedenfalls abgelehnt. In den USA scheint die Haftung zweier alternativer Täter auf die Schwierigkeit zu stoßen, dass keine überwiegende Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann und überdies die zur Teilhaftung führende Lehre von der »risk contribution« sich keiner allzu großen Beliebtheit erfreut[415]; über die loss of chance-theory dürfte jedoch vielfach eine Teilhaftung erreicht werden[416]. Diese Lehre wird zwar in ihrem Ursprungsland Frankreich regelmäßig herangezogen[417], hingegen in England und Polen nicht vertreten[418]; in Ungarn fand sie in die Arzthaftung Eingang[419].

8/212 Während der DCFR der eher konservativen Lösung einer *Solidarhaftung* der alternativen Täter den Vorzug gegeben hat (Art VI.-4:103), hat die EGTL in Art 3:103 Abs 1 PETL eine fortschrittlichere Regel vorgeschlagen: »Wäre von mehreren Aktivitäten jede einzelne in der Lage gewesen, den Schaden herbeizuführen, ist es jedoch ungewiss, welche von ihnen den Schaden tatsächlich verursacht hat, so wird jede Aktivität entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihrer Ursächlichkeit für den Schaden als Ursache angesehen.« Die PETL haben überdies auch den noch schwierigeren Fall normiert, dass ein haftbarmachendes Ereignis und ein Zufall die alternativen Ursachen sind und hat in konsequenter Fortführung des Art 3:103 Abs 1 auch hier eine *Teilhaftung* vorgesehen, so dass der potentielle Schädiger einen Teil des Schadens zu tragen hat.

8/213 Was die *market-share-liability* betrifft, so dürfte sie in Frankreich Anerkennung finden[420]; in Polen und Ungarn hingegen nicht[421]. In den USA[422] wurde die market-share-liability auf Produkte mit generischen Risiken eingeschränkt; daher wurde sie etwa nicht analog auf Asbestprodukte angewandt, da die verschiedenen Produkte verschiedene Risiken hervorrufen.

B. Schlussfolgerungen

8/214 Strittig sind vor allem die Lösungen in den Fällen *unaufklärbarer Verursachung,* insbesondere bei alternativer Kausalität zwischen einem an sich haftungsauslösenden Ereignis und einem Zufallsereignis. Die Lehre, die beim Verlust einer

---

415 *Green/Cardi,* USA Rz 6/92 ff; ausführlicher siehe *Green,* Causal Uncertainty and Proportional Liability in the US, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 343 ff.
416 *Green/Cardi,* USA Rz 6/96 ff; ferner *Green* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 362 ff.
417 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/131 ff.
418 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/107 und 113; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/86 f.
419 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/100.
420 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/125.
421 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/89; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/102.
422 *Green* in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 357.

Chance ansetzt, kann meines Erachtens weder dogmatisch noch – da nicht alle gleichgelagerten Fälle gleich gelöst werden können – vom Ergebnis her überzeugen[423]. Gegen die bei der *potentiellen Kausalität* ansetzende Lösung, die bei alternativen Tätern zur Teilhaftung und bei Konkurrenz von haftbar machendem Ereignis und Zufall zu einer Schadensaufteilung zwischen dem potentiellen Täter und dem Geschädigten führt, bestehen verständlicherweise erhebliche Bedenken, da sie von der Voraussetzung nachgewiesener Kausalität abgeht; überdies spielt es eine Rolle, dass im common law die überwiegende Wahrscheinlichkeit und nicht etwa die Überzeugung des Richters oder die hohe Wahrscheinlichkeit[424] für die Begründung der Haftung ausschlaggebend ist[425]. Den Geschädigten allein mit der Risikotragung zu belasten, wenn nicht feststellbar ist, welcher von zwei rechtswidrig und schuldhaft Handelnden den Schaden verursacht hat, oder wenn der vom Geschädigten zu tragende Zufall mit etwa gleicher Wahrscheinlichkeit wie ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten den Schaden verursacht haben könnte, erscheint jedoch wenig befriedigend, da einerseits ganz starre Alles-oder-Nichts-Lösungen erzielt werden und es andererseits wenig sachgerecht erscheint, bei ungefähr gleich hoher Wahrscheinlichkeit den rechtswidrig und schuldhaft Handelnden, der auch die Unaufklärbarkeit der Ursächlichkeit herbeigeführt hat, von der Haftung völlig freizustellen und das Risiko allein den schuldlosen Geschädigten tragen zu lassen[426].

Von diesen Überlegungen ausgehend wäre die *Teilhaftung* sachlich daher si- **8/215**
cherlich wünschenswerter und trotz der gewichtigen Gegenargumente auch theoretisch begründbar, da die Lösung keineswegs bestehenden Grundsätzen widerspricht und auch durchaus Anhaltspunkte für die Teillösung zu finden sind: Einerseits ist die Schadensteilung dann, wenn sowohl auf der Schädiger- als auch auf der Geschädigtenseite Zurechnungsmomente vorliegen, allgemein anerkannt, nämlich bei Mitverantwortung des Geschädigten. Wertungsmäßig liegen die hier zur Diskussion stehenden Fälle ähnlich: Dem – von der nachgewiesenen Kausalität abgesehen – haftbarmachenden Verhalten des potentiellen Schädigers steht ein

423 Siehe Basic Questions I Rz 5/93 ff.

424 So etwa in Japan, siehe *Yamamoto,* Japan Rz 7/341 ff.

425 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/111.

426 Siehe dazu auch *Gilead/Green/Koch,* General Report, in: Gilead/Green/Koch (Hrsg), Proportional Liability 1 ff. Sie suchen die Lösung auf der Grundlage der Zwecke des Schadenersatzrechts und führen dazu aus (7 f): »The major goal of tort law is to foster justice and fairness. Subject to considerations of justice and fairness in the allocation of risks and harms, the increase of the aggregate wellbeing in society (efficiency) is also a worthy secondary goal of tort law. This goal attempts to increase overall well-being by inducing potential actors to avoid harms that can be prevented at lower cost than the harm (deterrence) and by minimizing the costs of determining who should bear the cost of those accidents that do occur (administrative efficiency). Given that, the question is which rules best promote the goals of tort law.« Mit diesen doch sehr allgemeinen und unbestimmten Zielangaben wird es allerdings kaum möglich sein, zu konkreten Ergebnissen zu gelangen.

Ereignis gegenüber, das in den Risikobereich des Geschädigten fällt. Zumindest bei etwa gleicher Wahrscheinlichkeit der Verursachung besteht keine Rechtfertigung, den schuldhaften Täter durch die völlige Haftungsfreiheit zu begünstigen.

8/216 Andererseits ist zu bedenken, dass in allen Rechtsordnungen in den Fällen kumulativer Kausalität für die Begründung der Haftung von der Voraussetzung der conditio sine qua non oder dem positiven Ausgang des but-for-Tests abgegangen und die Haftung anerkannt wird, also die lediglich potentielle Kausalität als ausreichend angesehen wird. Auch in den Mittäter-Fällen besteht eine Neigung, die bloß mögliche Kausalität für die Haftungsbegründung ausreichen zu lassen.

8/217 Es sollte daher doch möglich sein, in Fortentwicklung der hiefür maßgebenden Gedanken zu einer Einigung über die Lösung dieser Fälle alternativer Kausalität mit Hilfe einer Anteilshaftung zu gelangen[427].

427 Siehe Basic Questions I Rz 5/75 ff.

Teil 6 Die Zurechnungselemente

I. Vorbemerkung

Auf den ersten Blick mag der Eindruck entstehen, dass bei den Gründen für die Zurechnung eines verursachten Schadens weitgehende Übereinstimmung herrscht: Das *Verschulden* ist seit Jahrhunderten weltweit als haftungsbegründendes Element anerkannt, die Haftung für Fehlverhalten von *Gehilfen* findet sich ebenfalls in allen Rechtsordnungen, und eine strenge, verschuldensunabhängige Haftung, insbesondere für besonders *gefährliche Sachen* oder Aktivitäten ist – abgesehen vom common law – im Vormarsch. Bei näherer Betrachtung bestehen jedoch ganz erhebliche Unterschiede schon im Verständnis des Verschuldens, was auch der European Group on Tort Law beträchtliche Schwierigkeiten bereitet hat[428]. Die *Rechtswidrigkeit* wird vielfach als eigener Zurechnungsgrund von fundamentaler Bedeutung anerkannt und als Voraussetzung des Verschuldens angesehen, steht jedoch in manchen Rechtsordnungen überhaupt nicht zur Diskussion und stellt sich überdies als höchst schillernder Begriff heraus[429]. Die Gehilfenhaftung ist überaus unterschiedlich ausgestaltet und ihre Grundgedanken sind noch immer strittig[430]. Die Gefährdungshaftung wird in vielen Rechtsordnungen als gleichrangig mit der Verschuldenshaftung anerkannt, in anderen Rechtsordnungen ist sie nahezu unbekannt[431]. Weitere Zurechnungsgründe führen ein Schattendasein und schließlich ist die Frage des Zusammenspiels der unterschiedlichen Haftungsgründe vielfach noch nicht einmal bewusst, geschweige denn ausdiskutiert. **8/218**

428 Siehe *P. Widmer,* Liability Based on Fault, in: EGTL, Principles 64 ff; *P. Widmer* (Hrsg), Unification of Tort Law: Fault (2005); *Koziol,* The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003) 552.

429 Dazu *Koziol* (Hrsg), Unification of Tort Law: Wrongfulness (1998) 129 ff; siehe auch die variantenreiche Diskussion in Japan, *Yamamoto,* Japan Rz 7/118 ff.

430 Dazu *Spier* (Hrsg), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others (2003).

431 Siehe die Länderberichte in *B. A. Koch/Koziol* (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002).

II. Das Fehlverhalten

A. Rechtsvergleichender Rundblick

1. Rechtswidrigkeit und Verschulden

8/219 Der norwegische Bericht[432] zeigt sehr gut, dass die für den deutschen Rechtskreis hervorgehobenen Schwierigkeiten letztlich auch in anderen Rechtsordnungen bestehen: Der einheitliche, unscharfe Begriff der *Rechtswidrigkeit* verdeckt, dass damit ganz Unterschiedliches bezeichnet wird und auch das Verhältnis zum Verschulden verschwommen ist. Bezeichnend ist der selbstkritisch klingende Satz *Askelands*[433]*:* »In einer groben Charakterisierung des norwegischen Verständnisses von Rechtswidrigkeit könnte man sagen, es beziehe sich hauptsächlich auf Verhalten, es könne aber auch den Schadensbegriff betreffen.« Damit wird aber nur die durchaus berechtigte, auch im deutschen Rechtskreis diskutierte Unterscheidung zwischen dem sogenannten *Erfolgsunrecht*[434] und dem *Verhaltensunrecht* angesprochen[435], die auch in anderen Rechtsordnungen Schwierigkeiten bereitet[436].

8/220 Beiden Rechtswidrigkeitslehren kommt letztlich Berechtigung zu, da Verschiedenes damit angesprochen wird: Einerseits geht es um die auf hoher Abstraktionsebene erfolgende Feststellung, dass eine von der Rechtsordnung nicht erwünschte nachteilige Veränderung vorliegt, weil in geschützte Interessen eingegriffen wurde[437]; mit diesem Erfolgsunrecht ist ein Berührungspunkt mit dem Schadensbegriff erreicht[438], da es um das Vorliegen eines rechtlich relevanten Nachteils geht. Dieser Begriff der Rechtswidrigkeit, der meiner Meinung nach besser als *Tatbestandsmäßigkeit* bezeichnet würde, ist auch außerhalb des Schadenersatzrechts – etwa für die Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche[439] sowie die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung[440] – wichtig, da es um den

432 *Askeland,* Norwegen Rz 2/71 ff.

433 *Askeland,* Norwegen Rz 2/86.

434 Dieses wird nicht nur in Deutschland (Basic Questions I Rz 6/4), sondern offenbar auch überwiegend von der Lehre, nicht aber der Rechtsprechung in Ungarn *(Menyhárd,* Ungarn Rz 4/104) vertreten.

435 Basic Questions I Rz 6/3.

436 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/99; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/104; *Yamamoto,* Japan Rz 7/148 ff, 374 ff.

437 In Japan wird – offenbar ähnlich wie in Deutschland – vor allem bei den absolut geschützten Herrschaftsrechten auf das Erfolgsunrecht abgestellt, während bei den »korrelativen Rechten« die Verhaltenspflichten auf Grund umfassender Interessenabwägungen ermittelt werden; siehe *Yamamoto,* Japan Rz 7/379 ff.

438 In diese Richtung geht auch die Andeutung von *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/67, bezüglich des Zusammenhanges zwischen Schaden und Sorgfaltspflichten sowie Reichweite der Haftung.

439 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/165 ; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3 /100.

440 Vgl *Askeland,* Norwegen Rz 2/73.

jeweiligen Schutz der Interessen und dessen Reichweite geht. Mit der Feststellung, dass ein geschütztes Interesse beeinträchtigt wurde, ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob dies durch ein konkret vorwerfbares Fehlverhalten – das Grundlage einer Verschuldenshaftung sein kann – erfolgt ist.

Dafür bedarf es der verhaltensbezogenen Feststellung, dass vom Täter die objektiv erforderliche *Sorgfalt* nicht eingehalten wurde[441], er also sorgfaltswidrig und damit in diesem verhaltensbezogenen Sinn rechtswidrig gehandelt hat[442]. In diesem Sinn umschreibt Art VI.–3:102 DCFR auch »Negligence«: es geht um die Vernachlässigung des »standard of care«; Art 4:102 PETL spricht von »standard of conduct«. **8/221**

Von dieser objektiven Sorgfaltswidrigkeit wird in fast allen Rechtsordnungen das *Verschulden* unterschieden[443], und – wenn auch in höchst unterschiedlichem Ausmaß – bei diesem auf die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens abgestellt, wobei es auf die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse ankommt; das zeigt sich zumindest durch die Berücksichtigung des Alters und der Geisteskrankheit[444]. Aber in manchen Rechtsordnungen wird dies dadurch verdeckt, dass von einer dem Alter entsprechenden Anpassung der objektiven Sorgfaltspflichten bei Kindern oder Behinderten gesprochen wird[445]; diesen Weg gehen auch Art 4:102 Abs 2 PETL und Art VI.-3:103 Abs 1 DCFR. Für die Überwindung der Abneigung gegen eine Berücksichtigung von subjektiven Umständen bei der Verschuldensfeststellung, insbesondere wegen der Beweisschwierigkeiten, könnte vielleicht die Lösung in Ungarn[446] – Umkehrung der Beweislast – Ansatzpunkte bieten. **8/222**

Die Dreiteilung in Tatbestandsmäßigkeit, Sorgfaltswidrigkeit und subjektive Vorwerfbarkeit entspricht einer sachlichen Notwendigkeit und ist selbst in Rechts- **8/223**

441 Nur darauf wird in den USA abgestellt: *Green/Cardi,* USA Rz 6/114.

442 Vgl *Moréteau,* Frankreich Rz 1/167. Hinzuweisen ist darauf, dass im japanischen Recht (siehe *Yamamoto,* Japan Rz 7/147) die Abstufbarkeit der Rechtswidrigkeit betont wird. Dass der Rechtswidrigkeit unterschiedliches Gewicht zukommen kann, wird auch für das österreichische Recht vertreten *(Koziol,* Haftpflichtrecht I^3 Rz 4/18 mwN).

443 Sehr klar das neue ungarische Gesetzbuch: *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/105; siehe auch *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/118, und die von *Yamamoto,* Japan 7/132 ff dargestellte Diskussion. Nach *Moréteau,* Frankreich Rz 1/141 ff und 168 wird in Frankreich ebenfalls – wenn auch etwas versteckter – zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden unterschieden; *Galand-Carval,* Fault under French Law, in: Widmer (Hrsg), Unification: Fault 92 f. Siehe zu all dem *P. Widmer,* Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution), in: Widmer (Hrsg), Unification: Fault 336 f.

444 Siehe *Askeland,* Norwegen Rz 2/79. In Frankreich wird allerdings die Haftung von Kindern und Geisteskranken ohne Rücksicht auf deren Verschuldensfähigkeit bejaht; siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/153.

445 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/129 ff; *Green/Cardi,* USA Rz 6/114. Ebenso PETL in Art 4:102 Abs 2.

446 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/114 und 116. Zur früheren Verbreitung dieser Idee in den kommunistischen Ländern Osteuropas siehe *Will/Vodinelic,* Generelle Verschuldensvermutung – das unbekannte Wesen. Osteuropäische Angebote zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht? in: Magnus/Spier (Hrsg), European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol (2000) 302.

ordnungen, die nur auf das Verschulden abstellen und den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht offen anerkennen, wie etwa das französische Recht[447], in der Sache letztlich von Bedeutung: Von Verschulden als Zurechnungsgrund zu sprechen macht selbstverständlich nur Sinn, wenn es um ein von der Rechtsordnung nicht erlaubtes Verhalten geht, das vorwerfbar ist[448]. Die Rechtswidrigkeit ist daher unvermeidlich entweder dem Verschulden als objektives Element immanent oder Voraussetzung des Verschuldens[449]. Diese beiden Sprechweisen unterscheiden sich in der Sache nicht so sehr, doch ist die letztere Variante vorzugswürdig, da die Rechtswidrigkeit auch häufig als selbständiges Zurechnungselement eine Rolle spielt, das gemeinsam mit anderen Voraussetzungen – etwa der finanziellen Tragfähigkeit von Kindern oder Geisteskranken – auch ohne subjektive Vorwerfbarkeit eine Haftung begründen kann[450].

8/224 Die babylonische Sprachverwirrung, das aneinander Vorbeireden und zahlreiche Missverständnisse könnten vermieden werden, wenn diese drei Stufen des Fehlverhaltens, die bei der Lösung verschiedener Aufgaben bedeutsam sind, klar unterschieden und mit unterschiedlichen Begriffen bezeichnet würden, so dass sich die Diskussionen auf die Lösung der eigentlichen Sachprobleme konzentrieren könnten. Es wäre wohl am zweckdienlichsten, den vieldeutigen Ausdruck Rechtswidrigkeit überhaupt zu vermeiden und von – ergebnisbezogener – Tatbestandsmäßigkeit (Beeinträchtigung eines geschützten Interesses), – verhaltensbezogener – Sorgfaltswidrigkeit (Verletzung einer objektiven Pflicht) und Verschulden (subjektiv ausgerichtete Vorwerfbarkeit) gesprochen würde[451].

2. Geringfügigkeitsgrenze

8/225 Der DCFR hat in Art VI.-6:102 mutig die *de-minimis-Regel* festgelegt: »Trivial damage is to be disregarded«. In dieser Allgemeinheit entspricht die Regel sicherlich nicht dem heutigen europäischen Rechtsbestand. Aber immerhin findet sich eine ansatzweise Anerkennung in den EU-Ländern[452] auf Grund der Umsetzung der Produkthaftungs-Richtlinie, die einen Selbstbehalt von € 500,– vorsieht; Gleiches gilt für

---

447 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/141 ff.

448 Siehe in diesem Sinn auch *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/119. Deshalb überrascht der von *Oliphant* für das englische Recht vertretene umgekehrte Standpunkt, dass Verschulden als Aspekt der Rechtswidrigkeit zu verstehen ist *(Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/118).

449 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/143; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/97 f und 110; *Quézel-Ambrunaz,* Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law, JETL 2012, 31 ff; *Zmij,* Wrongfulness as a liability's prerequisite in Art. 415 Polish Civil Code, in: Heiderhoff/Zmij (Hrsg), Tort Law in Poland, Germany and Europe (2009) 16 f. Vgl auch *Yamamoto,* Japan Rz 7/139 ff.

450 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/100; für den deutschen Rechtskreis Basic Questions I Rz 6/10.

451 Siehe zu all dem Basic Questions I Rz 6/6 ff.

452 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/101.

Norwegen[453], nicht aber für die USA[454]. In Norwegen[455] wirkt sich die de-minimis-Regel noch bei Personenschäden aus, insbesondere bei immateriellen Schäden, aber auch bei der Haftung der Eltern für Kinder.[456] In Ungarn finden sich hingegen keine weiteren Beispiele[457]. In Polen müssen Liegenschaftsnachbarn durchschnittliche Einwirkungen entschädigungslos erdulden[458]; deren Verursachung ist somit offenbar nicht rechtswidrig. Auch in Frankreich[459] wird bei üblichen Einwirkungen die Rechtswidrigkeit verneint und Entsprechendes gilt für Japan[460]. In England und den USA wurde – als auffallende Ausnahme – in den Asbestfällen eine Geringfügigkeitsgrenze eingezogen, um die unzureichend vorhandenen finanziellen Mittel den schwer Geschädigten zukommen zu lassen[461]. Die Geringfügigkeitsgrenze wird entweder über den Ausschluss der Ersatzfähigkeit von Minimalschäden[462] oder über den Ausschluss der Rechtswidrigkeit bei Herbeiführung bloß geringer Risiken gezogen[463], wobei noch weiter zu unterscheiden wäre, ob die Tatbestandsmäßigkeit oder aber die Verletzung einer Sorgfaltspflicht verneint wird. Bei Abstellen auf den geringen schädlichen Erfolg, indem der tatbestandliche Schutzbereich eines Gutes ganz generell eingeschränkt wird, werden nicht nur Schadenersatzansprüche sondern auch Unterlassungsansprüche ausgeschlossen[464]; es ist somit die Duldung bestimmter Beeinträchtigungen vorgesehen. Werden hingegen lediglich die Sorgfaltspflichten eingeschränkt, so wird nur die Schadenersatzpflicht für geringfügige Schädigungen ausgeschlossen, nicht jedoch der Schutzbereich eingeschränkt, so dass drohende Schädigungen durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen abgewehrt werden können[465].

3. Die objektiven Sorgfaltsanforderungen

Um die Herausarbeitung der Faktoren, die bei der Festlegung der *objektiven Sorgfaltsanforderungen* zu berücksichtigen sind, bemüht man sich in so mancher **8/226**
Rechtsordnung: In Norwegen wird auf die Bedeutung der Beziehung zwischen

453 *Askeland,* Norwegen Rz 2/76.
454 *Green/Cardi,* USA Rz 6/115 ff.
455 *Askeland,* Norwegen Rz 2/76.
456 *Askeland,* Norwegen Rz 2/98; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/101; schwere Beeinträchtigung auch in USA bei »emotional harm« gefordert: *Green/Cardi,* USA Rz 6/116.
457 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/108.
458 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/101.
459 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/171.
460 *Yamamoto,* Japan Rz 7/476.
461 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/119; *Green/Cardi,* USA Rz 6/117.
462 So in Norwegen: *Askeland,* Norwegen Rz 2/74 und 77.
463 Darauf weist *Askeland,* Norwegen Rz 2/75 f, hin, vgl auch *Green/Cardi,* USA Rz 6/118; *Yamamoto,* Japan Rz 7/476.
464 Vgl *Moréteau,* Frankreich Rz 1/171.
465 Siehe Basic Questions I Rz 6/37.

Täter und Geschädigtem hingewiesen[466], ferner auf die Vorhersehbarkeit einer Schädigung[467], die Zumutbarkeit eines anderen Handelns[468], aber auch auf das Interesse an Bewegungsfreiheit[469]. Im japanischen Recht wird ganz ähnlich auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, das Gewicht des verletzten Interesses und die Interessen des Handelnden abgestellt[470]. In den USA[471] hat die Aufzählung der relevanten Faktoren durchaus Ähnlichkeit mit den PETL und dem österreichischen Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts.

4. Unterlassungen

8/227 Bezüglich der Unterlassungen[472] wird schon Bekanntes bestätigt: Pflichten, anderen aktiv Hilfe zu leisten und diese vor Schäden zu bewahren, werden in England und den USA[473] nicht anerkannt. In England werden jedoch immerhin Ausnahmen gemacht, wenn jemand eine Gefahrenquelle geschaffen oder die Verantwortung für das Wohlergehen eines anderen übernommen hat oder er auf Grund seiner Position die Verantwortung trägt. Auch in Norwegen gibt es kaum Aussicht, dass Gerichte eine Haftung wegen unterlassener Hilfeleistung bejahen[474]; es ist dies ein Standpunkt, der in doch eher überraschendem Gegensatz zur sonstigen Großzügigkeit gegenüber Geschädigten bei der Gewährung von Ersatzansprüchen steht. In Ungarn werden hingegen Hilfeleistungspflichten nicht grundsätzlich verneint[475].

5. Reine Vermögensschäden

8/228 Reinen Vermögensinteressen wird in Frankreich[476] und in Polen[477] – ähnlich wie in Österreich – nicht grundsätzlich der Schutz verweigert, allerdings werden auf verschiedenen Wegen Einschränkungen des Ersatzes vorgenommen, insbesondere wird Ersatz nur den »direkt Geschädigten« – ein eher unbestimmter Begriff – und unter besonderer Berücksichtigung der Adäquanz gewährt; bei Vorsatz

---

466 *Askeland,* Norwegen Rz 2/81; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/118.
467 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/118.
468 *Askeland,* Norwegen Rz 2/81.
469 *Askeland,* Norwegen Rz 2/81.
470 *Yamamoto,* Japan Rz 7/145; vgl auch Rz 7/580.
471 *Green/Cardi,* USA Rz 6/119 ff.
472 Zu diesen siehe auch *Koziol,* Liability for Omissions – Basic Questions, JETL 2011, 127; *P. Widmer,* Ex nihilo responsabilitas fit, or the Miracles of legal Metaphysics, JETL 2011, 135; *Quill,* Affirmative Duties of Care in the Common Law, JETL 2011, 151; *Faure,* Liability for Omissions in Tort Law: Economic Analysis, JETL 2011, 184; ferner *van Dam,* European Tort Law^2 (2013) 246 ff.
473 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/120 f; *Green/Cardi,* USA Rz 6/123 f.
474 *Askeland,* Norwegen Rz 2/77.
475 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/109.
476 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/174.
477 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/102 ff.

des Täters werden weitergehende Ansprüche anerkannt[478], insbesondere wenn fremde Rechtsbeziehungen gestört werden[479]. Überdies sind bei culpa in contrahendo reine Vermögensschäden umfassend zu ersetzen[480], ferner erhalten Hinterbliebene bei Tötung des Unterhaltspflichtigen Ersatz[481]. In Ungarn fand offenbar keine tiefgehende Diskussion statt, doch scheint dort die Lösung über die Kausalitätsvoraussetzung gesucht zu werden[482]. In England besteht eine starke Zurückhaltung gegenüber dem Ersatz reiner Vermögensschäden, doch haben sich einige Fallgruppen herausgebildet, in denen Ersatz zugesprochen wird[483].

6. Objektiver und subjektiver Verschuldensbegriff

Der heute vorherrschenden Tendenz entsprechend, wird weitgehend ein *objektiver Verschuldensbegriff* vertreten[484]: So werden in *Frankreich* sogar Geisteskranke ohne Rücksicht auf ihre Zurechnungsunfähigkeit wegen objektiven Verschuldens haftbar gemacht[485]. Überdies wird das Verschulden vermutet, wenn die Rechtswidrigkeit des Verhaltens erwiesen ist[486]. **8/229**

In *Polen*[487] verbirgt sich hinter dem »normativen« Verschuldensbegriff eine deutliche Objektivierung, die zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zur Rechtswidrigkeit führt. Die Verschuldensfähigkeit beginnt erst mit Vollendung des 13. Lebensjahres und nur bei geistiger Gesundheit. Überwiegend wird aber immerhin auf leicht feststellbare oder dauernde Eigenschaften Rücksicht genommen, wie etwa auf das Alter, sichtbare körperliche oder geistige Behinderungen und Krankheiten[488]. **8/230**

In *Ungarn*[489] ist die Objektivierung ebenfalls weitgehend; das Wissen, die Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters sind nicht zu berücksichtigen. Überdies ist der Maßstab bei Vertragsverletzungen erheblich strenger als im Deliktsrecht. **8/231**

---

478 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/107.

479 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/105 und 107.

480 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/104.

481 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/106.

482 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/112.

483 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/122 ff.

484 Siehe dazu auch *van Dam,* Tort Law² 263 ff, 269 ff; *Widmer,* Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution), in: Widmer (Hrsg), Unification: Fault 347 ff mit Hinweisen auf die Länderberichte.

485 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/152 f.

486 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/155 und 168.

487 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/109, 112 und 119; *Habdas,* Tortious liability in Polish law for damage caused by minors, in: Heiderhoff/Zmij (Hrsg), Tort Law in Poland, Germany and Europe (2009) 109 ff.

488 Dazu *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/118 f; vgl auch *Habdas* in: Heiderhoff/Zmij (Hrsg), Tort Law in Poland, Germany and Europe 116 ff.

489 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/116.

8/232 Ebenso wird in *England* »negligence« und damit »fault« objektiv verstanden; *Oliphant* zitiert die klassische Umschreibung[490]: »Fahrlässigkeit ist die Unterlassung, das zu tun, was ein vernünftiger Mensch (reasonable man), geleitet von Erwägungen, die normalerweise die Beziehungen von Menschen untereinander regeln, tun würde, oder das zu tun, was ein umsichtiger und vernünftiger Mensch (prudent and reasonable man) nicht tun würde.« Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten bleiben außer Betracht. Ausnahmen werden allerdings für kleine Kinder angenommen, da sie noch nicht die Fähigkeit zu willentlichem Handeln besitzen; für ältere Kinder kommt es darauf an, ob sie den Anforderungen entsprechen, die an ein normal vernünftiges Kind dieses Alters zu stellen sind. Bei Tätigkeiten, die Erwachsenen vorbehalten sind, wird allerdings der für Erwachsene geltende Maßstab angewandt.

8/233 Auch in den *USA*[491] wird ein objektiver Maßstab angelegt, und zwar unter Hinweis auf die Schwierigkeiten der Feststellung subjektiver Fähigkeiten und darauf, dass es für die Geschädigten keinen Unterschied mache, ob der Schädiger die erforderlichen Fähigkeiten hat oder nicht. Das ist jedoch eine ganz einseitige Betrachtung, ohne Berücksichtigung, dass damit auch jeder Zufall zu Ersatzansprüchen führen müsste und keine Ausnahme für Kinder und Geisteskranke zulässig wäre. Allerdings wird der objektive Sorgfaltsmaßstab für Kinder herabgesetzt, und überwiegend werden Kinder unter fünf oder sieben Jahren jedenfalls von einer Haftung befreit; in der nächsten Altersstufe bis 14 Jahre gilt die widerlegbare Vermutung der Unfähigkeit zur Fahrlässigkeit, und über 14 Jahre die widerlegbare Vermutung der Fähigkeit zur Fahrlässigkeit[492]. Flexible Regeln gelten für auch für körperlich Behinderte, bei denen die Sorgfaltspflichten den Fähigkeiten angepasst werden. Auf geistige Behinderungen wird hingegen keine Rücksicht genommen[493] und damit demjenigen, der von der Natur mit unterdurchschnittlichen Fähigkeiten ausgestattet wurde, das Risiko des für ihn unvermeidlichen Verhaltens aufgebürdet, so dass sein tägliches Leben ihn unentrinnbar mit Ersatzpflichten belastet. In auffälligem Gegensatz dazu werden überdurchschnittliche Fähigkeiten durchaus berücksichtigt und führen zu einer Erhöhung des Sorgfaltsstandards[494].

8/234 Das *japanische* Recht huldigt ebenfalls einem objektiven Verschuldensbegriff und stellt nur bei Kindern und Geisteskranken auf das subjektive Einsichtsvermögen, das ihr Handeln verantwortlich machen könnte, ab[495]. Eine Abmilderung der Objektivierung erfolgt allerdings dadurch, dass als Maßfigur ein Durchschnitts-

490 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/127.
491 *Green/Cardi,* USA Rz 6/128.
492 *Green/Cardi,* USA Rz 6/127.
493 *Green/Cardi,* USA Rz 6/131.
494 *Green/Cardi,* USA Rz 6/132 ff.
495 *Yamamoto,* Japan Rz 7/86, 139 ff.

mensch jener Gruppe herangezogen wird, der der Schädiger zuzuzählen ist[496]. Durch diese Gruppenbildung wird eine Mittelposition zwischen objektivem und subjektivem Verschulden bezogen.

Der Variantenreichtum der Regelungen der *Haftung von Kindern* für eigenes Fehlverhalten ist erstaunlich: Die Zurechnungsfähigkeit wird teils an Altersstufen geknüpft, teils jedoch nicht; soweit Altersstufen vorgesehen werden, kommt diesen unterschiedliche Bedeutung zu, da sie entweder starre Grenzen setzen oder lediglich widerlegbar Vermutungen begründen; die Haftung der Kinder tritt überwiegend neben jene der Eltern, doch kann sie auch lediglich subsidiär sein; sie kann überdies den allgemeinen Regeln folgen oder lediglich als Billigkeitshaftung, die vor allem auf die finanzielle Lage von Schädiger und Geschädigtem Rücksicht nimmt, ausgestaltet sein. Manche Rechtsordnungen kennen eine Billigkeitshaftung der Kinder, doch gilt dies keineswegs für die meisten Rechtsordnungen[497]. Fast allen ist aber gemeinsam, dass sie entweder die mangelnde oder noch geminderte Einsichtsfähigkeit bei der Beurteilung des Verschuldens berücksichtigen oder schon die objektiven Sorgfaltspflichten entsprechend herabsetzen. **8/235**

Völlig anders ist jedoch die Lage in Frankreich[498], da im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen die Haftung der Kinder nicht gemildert, sondern verschärft wird: Nachdem 1968 die Geisteskranken durch Gesetz für haftbar erklärt wurden, folgten 1984 die Gerichte diesem Beispiel und entschieden, dass Kinder völlig unabhängig von ihrer Einsichtsfähigkeit haftbar sind. Haftungsvoraussetzung bleibt aber wohl eine objektive Sorgfaltswidrigkeit, obwohl auch Formulierungen zu finden sind, die selbst davon absehen wollen, so dass es zu einer strikten Haftung käme. Hervorgehoben wird, dass die Haftpflicht der Kinder regelmäßig durch die Haushaltsversicherungen der Eltern mit abgedeckt ist[499]. **8/236**

B. Schlussfolgerungen

1. Stufen des Fehlverhaltens

Die Länderberichte zeigen die heutige terminologische Unsicherheit und die mangelnde Klarheit über die unterschiedlichen Funktionen der verschiedenen *Stufen des Fehlverhaltens* wieder deutlich auf. Der allgemeine passive Widerstand gegen **8/237**

---

496 *Yamamoto,* Japan 7/603 ff.

497 Siehe zu all dem *Martín-Casals,* Comparative Report, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I: Children as Tortfeasors (2006) 425 ff. Im japanischen Recht findet sich keine Billigkeitshaftung für Kinder oder Geisteskranke.

498 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/152 f; *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano,* Children as Tortfeasors under French Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 170 ff.

499 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/153; *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano* in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 185.

eine klare Herausarbeitung der verschiedenen Funktionen und die eindeutige begriffliche Bezeichnung der unterschiedlichen Arten des Fehlverhaltens ist erstaunlich, da es ununterbrochen zu Missverständnissen kommt. Insbesondere für eine internationale Diskussion wäre es daher dringend erforderlich, Klarheit zu schaffen und damit auch eine zielführende Diskussion zu ermöglichen. In der Sache sollten dem keine wirklichen Hindernisse entgegenstehen, da in Wahrheit in so gut wie allen Rechtsordnungen die unterschiedlichen Arten des Fehlverhaltens bekannt sind und auch benötigt werden. Es sollte daher zwischen dem ganz abstrakt beurteilten Eingriff in geschützte Interessen (der Tatbestandsmäßigkeit), der Verletzung objektiver Verhaltenspflichten (Sorgfaltswidrigkeit) und dem – in bestimmtem Ausmaß – subjektiv zu beurteilenden Verschulden unterschieden werden.

2. Die Subjektivierung des Verschuldens

8/238 Was die Rückbesinnung auf die *Subjektivierung des Verschuldens* als grundsätzlich erforderliches Zurechnungselement im Rahmen der Haftungsbegründung für eigenes Fehlverhalten betrifft, so ist dies aus ganz grundsätzlichen Erwägungen nachdrücklich zu fordern[500]: Jedenfalls soweit es um die für ein menschenwürdiges Dasein erforderliche Teilnahme am allgemeinen, gesellschaftlichen Leben geht, würde es den Menschenrechten widersprechen, wenn ein Mensch letztlich deshalb zur Haftung herangezogen wird, weil er von der Natur mit unterdurchschnittlichen Fähigkeiten ausgestattet wurde. Es geht nicht an, einen Menschen als Mitglied der Gesellschaft anzuerkennen, ihm aber zugleich wegen seiner geistigen oder körperlichen Mängel eine strikte Haftung aufzuerlegen, die er bei Teilnahme im täglichen Leben nicht vermeiden kann und die ihn regelmäßig wegen seiner gegebenen Beschaffenheit auch besonders schwer trifft. Es stünde mit den Grundrechten nicht im Einklang, wenn Menschen wegen ihrer für sie unvermeidlichen Mangelhaftigkeit zur Haftung herangezogen und letztlich vor die Alternative gestellt werden, entweder für die bei Führung eines menschenwürdigen Lebens unvermeidbare Teilnahme am täglichen Leben unentrinnbar zu haften oder aus dem Leben zu scheiden. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es sachlich nicht gerechtfertigt werden kann, wenn in den meisten Rechtsordnungen die individuellen Eigenschaften bei Kindern und Geisteskranken durchaus berücksichtigt

---

500 Siehe dazu ausführlicher Basic Questions I Rz 6/81 ff; ferner *Koziol,* Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht? AcP 196 (1996) 593 ff; *Koziol,* Liability based on Fault: Subjective or Objective Yardstick? Maastricht Journal of European and Comparative Law 1998, 111 ff; *P. Widmer,* Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene, in: Zimmermann (Hrsg), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (2003) 175 f. Vgl zu diesem Problembereich auch *Graziadei,* What went wrong? Tort law, personal responsibility, expectations of proper care and compensation, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 2 ff.

werden, bei etwas weniger ausgeprägten geistigen Unvollkommenheiten oder körperlichen Gebrechen jedoch Haftung auferlegt wird. Durch die Bildung von Personengruppen, etwa der Blinden, kann dem nicht ausreichend begegnet werden: Abgesehen davon, dass nicht für alle Arten von geistigen oder körperlichen Behinderungen Gruppenbildungen mit eigenständigen Sorgfaltspflichten geschaffen werden können, wird innerhalb der Gruppen ja doch wieder eine Objektivierung vorgenommen.

Es sind aber andererseits nochmals die *Grenzen* der Berücksichtigung geis- **8/239**
tiger oder körperlicher Mängel hervorzuheben: Soweit die Tätigkeiten, für die jemand nicht die nötigen Fähigkeiten hat, vermeidbar sind, hat er diese soweit wie zumutbar zu unterlassen; tut er dies nicht, so hat er für die Nichteinhaltung der objektiven Sorgfaltspflichten einzustehen. Die gegen die Berücksichtigung der subjektiven Fähigkeiten vorgebrachten Bedenken, dass erhebliche Beweisschwierigkeiten entstünden, können nicht überzeugen, da ihnen in konsequenter Weiterführung der Beweislastregeln für das Vorliegen der Verschuldensfähigkeit begegnet werden kann: Hat jemand das für die Verschuldensfähigkeit relevante Alter erreicht, so hat er zu beweisen, dass diese nicht vorliegt, aber eben auch, dass ihn im konkreten Fall wegen des Fehlens der notwendigen Fähigkeiten kein subjektiver Vorwurf trifft; eine derartige Beweislastumkehr für das Verschulden ist vielen – vor allem den mittel- und osteuropäischen – Rechtsordnungen geläufig[501]. Die Berücksichtigung der subjektiven Fähigkeiten kann ferner ebenso abgefedert werden wie in vielen Rechtsordnungen bei den Kindern: War das Verhalten objektiv sorgfaltswidrig, ist es aber wegen der mangelnden Fähigkeiten subjektiv nicht vorwerfbar, so kann dennoch die *vollständige oder teilweise Haftung* bejaht werden, und zwar unter Berücksichtigung insbesondere der vom Schädiger durch die sorgfaltswidrige Handlung erlangten Vorteile sowie seiner Vermögensverhältnisse und jener des Geschädigten. Darüber hinaus deckt im Bereich der Körperverletzungen die Sozialversicherung weitgehend die Schäden ab.

Die Rückbesinnung auf die Subjektivierung des Verschuldens sollte überdies **8/240**
auch dadurch erleichtert werden, dass die zunehmende Anordnung verschuldensunabhängiger, also strenger Haftungen bedacht wird, die in sachgerechter Weise eine von subjektiven Momenten unabhängige Schadenskompensation vorsieht.

501 *Will/Vodinelic,* Generelle Verschuldensvermutung – das unbekannte Wesen. Osteuropäische Angebote zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht?, in: Magnus/Spier (Hrsg), Liber amicorum for Helmut Koziol 302.

3. Die Sonderproblematik der Haftung von Kindern und unzurechnungsfähigen Personen

8/241 Etwas näher ist noch auf die Haftung der *Kinder* für ihr schädigendes Verhalten einzugehen: Sie reicht – wie oben kurz dargestellt – von der völligen Haftungsfreistellung der Kinder, über deren lediglich subsidiäre Haftung, die Haftung für nachgewiesenes Verschulden und die Billigkeitshaftung ohne Rücksicht auf die Haftung der Eltern, bis zur strikten Haftung trotz fehlender Einsichtsfähigkeit. Bei einer vergleichenden Beurteilung der so unterschiedlichen nationalen Lösungen ist darauf zu achten, dass stets das rechtliche Umfeld in die Betrachtung mit einbezogen werden muss[502].

8/242 Beginnen wir mit der extremen *französischen* Lösung: Es könnte versucht werden, die Bedenken gegen die strenge Haftung der Kinder mit dem Hinweis zu zerstreuen, dass dieser praktisch keine Bedeutung zukomme, weil die Haftung der Eltern noch strenger ausgestaltet ist (dazu unten Rz 8/260 ff) und Geschädigte daher nur diese in Anspruch nehmen werden; überdies auch deshalb, weil die Eltern regelmäßig versicherungsrechtliche Deckung besitzen und auch darüber hinaus finanziell eher in der Lage sein werden, die Ersatzansprüche zu erfüllen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass in jenen – zugegebenermaßen seltenen – Fällen, in denen die Versicherungsdeckung überhaupt nicht oder nicht für den gesamten Schaden gegeben ist und die Eltern auch nicht in der Lage sind, den Ersatz zu leisten, die strenge Haftung des Kindes durchaus schlagend werden kann; dies noch dazu vielfach gerade bei sehr hohen Schäden, die zu einer besonderen Belastung der Kinder führen. Abgesehen davon bleiben die grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, dass Kinder so wie Geisteskranke trotz besonderer Schutzbedürftigkeit einer besonders scharfen Haftung ausgesetzt werden.

8/243 Nachvollziehbar wird diese Regelung allerdings dann, wenn man sich einerseits die französische Tendenz vor Augen hält, dem Geschädigten möglichst weitgehend Ersatz ihm zugefügter Schäden zu verschaffen, andererseits bedenkt, dass Kinder eine besondere Gefahrenquelle darstellen, an ihnen jedoch die Allgemeinheit ein eminentes Interesse hat und es sachlich nicht zu rechtfertigen wäre, dass der einzelne Geschädigte den Schaden selbst tragen müsste, der ihm von einer Gefahrenquelle zugefügt wurde, an der die Allgemeinheit ein hohes Interesse hat. Ferner ist noch zu berücksichtigen, dass das weitgehende Haftungsrisiko der Kinder regelmäßig durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt ist.

8/244 Es erscheint jedoch keinesfalls sachgerecht, dass Kinder voll belastet werden, wenn keine Haftpflichtversicherung besteht oder die Deckungssumme nicht ausreicht, was bei besonders hohen Schäden der Fall sein kann. Eine sachlich vertretbare Lösung könnte darin gefunden werden, dass alle Schäden, auch sehr

502 Siehe dazu und zum Folgenden *Koziol,* Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet, Haftung und Versicherung (HAVE) 2014, 89 ff.

hohe, die von Kindern durch ein objektives Fehlverhalten verursacht werden, aus sozialen Gründen auf die Allgemeinheit überwälzt und daher durch eine umfassende *»soziale Haftpflichtversicherung«* abgedeckt werden, deren Prämiengestaltung nicht von der Höhe des versicherten Risikos abhängt, sondern so wie die Sozialversicherungsbeiträge von allen Mitgliedern der Gesellschaft entsprechend ihrem Einkommen getragen werden. Damit wäre dem Gedanken sachgerecht entsprochen, dass Schädigungen durch Fehlverhalten von Kindern, deren Existenz im allgemeinen Interesse liegt, auch von der Allgemeinheit getragen werden und nicht vom einzelnen Geschädigten oder den Eltern.

Solange dieser Weg der Vergesellschaftung der durch Kinder verursachten Schäden nicht beschritten wird, ist im schadenersatzrechtlichen Bereich jedenfalls grundsätzlich eine Verschulden voraussetzende Lösung vorzuziehen. Bei deren Ausgestaltung spricht zwar der Gedanke der Rechtssicherheit für starre *Altersgrenzen,* doch scheinen die Gründe dagegen zu überwiegen: Da es um die subjektive Zurechnung geht, die persönlichen Entwicklungen von Kindern recht unterschiedlich verlaufen und in den unterschiedlichsten Situationen auch ein sehr unterschiedliches Maß an Einsichtsfähigkeit erforderlich ist, führen starre Grenzen zu Ergebnissen, die in Einzelfällen sachlich nicht zu rechtfertigen sind. Die Unsicherheiten sind jedenfalls nicht grösser als bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit bei geistigen Behinderungen. Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit könnten überdies möglichst weitgehend durch eine Mittellösung erreicht werden, nämlich durch die Einführung von widerlegbaren Vermutungen, die an Altersgrenzen geknüpft werden, die der typischen Entwicklung von Kindern angemessen sind. **8/245**

Was die Entscheidung betrifft, die Haftung der Kinder *stets* – neben jener der Eltern – eingreifen zu lassen oder lediglich *subsidiär* für die Fälle einzuführen, dass der Geschädigte von diesen keinen Ersatz erlangen kann, können gegensätzliche Argumente ins Treffen geführt werden: Einerseits erschiene es aus präventiven Gründen zweckmäßig, an der allgemeinen Haftungsregelung festzuhalten und die Ersatzpflicht der Kinder stets vorzusehen, wenn diese schuldhaft gehandelt haben; dieser Gesichtspunkt wäre bei subsidiärer Haftung vernachlässigt, da die den Ersatz leistenden Eltern auch nicht Rückgriff gegen die Kinder nehmen könnten[503]. Andererseits ist zu bedenken, dass Geschädigte regelmäßig die Eltern in Anspruch nehmen werden, da diese finanziell viel eher in der Lage sind, den Schaden zu ersetzen und ferner regelmäßig ohnehin auch die Erfüllung der Ersatzpflichten des Kindes übernehmen müssten. Überdies ist zu berücksichtigen, dass dann, wenn die Eltern haftbar sind, sie dem Kind gegenüber ihre Pflichten – auch jene, das Kind vor Ersatzverpflichtungen zu bewahren – vernachlässigt haben und es **8/246**

503 Dies wird zum österreichischen Recht vertreten, siehe *Hirsch,* Children as Tortfeasors under Austrian Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 48 f.

daher sachgerecht erscheint, dass nur die Eltern haften. Damit wird auch ein Anreiz für die Eltern geschaffen, ihren Erziehungs- und Aufsichtspflichten gegenüber dem Kind besser als bisher nachzukommen. Es haben daher beide Lösungen gute Gründe für sich.

8/247 Ähnliche Grundsatzfragen wie bei den Kindern stellen sich auch bei *unzurechnungsfähigen Personen.* Wiederum macht die extreme französische Lösung einer strengen Haftung geisteskranker Personen auf ein Grundproblem aufmerksam, das noch gründlicher Überlegung bedarf. Den Angehörigen jener – der Zahl nach weitaus überwiegenden – Rechtsordnungen, in denen die besondere Schutzbedürftigkeit der Geisteskranken betont und deshalb deren Haftung abgelehnt wird, dürfte es wohl unverständlich erscheinen, dass die erhöhte Schutzbedürftigkeit zu einer verschärften Haftung führt. Es sprechen jedoch – ähnlich wie bei den Kindern – auch hier durchaus gewichtige Argumente für die französische Lösung: Zwar besteht selbstverständlich kein besonders hohes Interesse der Gesellschaft daran, dass Geisteskranke vorhanden sind – im Gegenteil. Es ist aber andererseits zu bedenken, dass die Gesellschaft die allgemeinen Menschenrechte zu berücksichtigen und den Geisteskranken – sicherlich innerhalb gewisser Grenzen – eine Teilnahme am sozialen Leben zu ermöglichen hat. Dadurch werden jedoch unvermeidbare Risiken heraufbeschworen und es wäre wiederum wenig sachgerecht, den einzelnen Geschädigten Auswirkungen dieses im Interesse der Gesellschaft – die ein menschenrechtskonformes Leben sicherzustellen hat – bestehenden Risikos tragen zu lassen. Eine Lösung des Dilemmas, dass einerseits die besondere Schutzwürdigkeit Geisteskranker gegen deren Schadenersatzpflicht spricht, andererseits aber auch der Geschädigte davor zu schützen ist, dass er die negativen Folgen eines im Interesse der gesamten Gesellschaft bestehenden Risikos allein zu tragen hat und daher ein Schadensausgleich bei objektivem Fehlverhalten des Unzurechnungsfähigen nötig erscheint, kann wohl wiederum nur durch eine Vergesellschaftung des Risikos gelöst werden. Es wäre daher auch hier an eine »soziale Haftpflichtversicherung« zu denken, die von der gesamten Gesellschaft finanziert wird.

4. Die Geringfügigkeitsgrenze

8/248 Bezüglich einer Geringfügigkeitsgrenze scheint mir[504], dass im Bereich des *Vermögensschadens* jedenfalls ein Schwellenwert aus den Überlegungen ausscheiden sollte, da dies eine zu starre Begrenzung wäre, die nicht auf die individuellen Verhältnisse des Geschädigten Rücksicht nehmen könnte. Wohl aber wird man – in Anlehnung an den im Nachbarrecht verbreiteten Ansatz – sagen können, dass jedes

504 Siehe Basic Questions I Rz 6/32 f.

Mitglied der Gesellschaft geringfügige Beeinträchtigungen, die im täglichen Zusammenleben schwer vermieden werden können[505], zu erdulden hat; dass insofern also der Schutz der Güter generell eingeschränkt ist. Eine besondere Regelung ist allerdings praktisch von geringer Bedeutung, da die Mühen und Kosten der Durchsetzung die Geltendmachung minimaler Schäden ohnehin hintan halten.

Bei *ideellen Schäden* sollte allerdings eine ausdrückliche Grenze eingezogen werden: Soweit es um geringfügige Beträge geht, etwa ein Schmerzengeld für einen Tritt auf die Zehe im Gedränge auf dem Bahnhof, wird zwar eine Geltendmachung ebenfalls praktisch ausscheiden, aber es sollte hier eine weitergehende Grenze eingezogen werden, wie dies in den meisten Rechtsordnungen ohnehin schon der Fall ist: Es erscheint gerechtfertigt, den Ersatz auf erhebliche Schäden zu beschränken. Die Erheblichkeitsgrenze ist hier zumutbar, weil durch die Schadenersatzleistung kein Vermögensverlust, der die Lebensverhältnisse des Geschädigten beeinflussen kann, auszugleichen ist, sondern es eben um ideelle Nachteile geht, die in Geld nicht bemessen werden können. Diese Einschränkung erscheint allerdings bedenklich, da die ideellen Güter, insbesondere die Persönlichkeitsrechte im Range sogar noch vor den Vermögensgütern einzureihen sind und daher auch eines höheren Schutzes würdig wären. Es ist aber zu berücksichtigen, dass der Ersatz ideeller Schäden auf erhebliche Schwierigkeiten stößt, da diese schwer objektiv feststellbar sind und auch die Bemessung der Ersatzleistung erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Ferner ist zu bedenken, dass im Zusammenleben in einer Gesellschaft auch gewisse ideelle Beeinträchtigungen zu erdulden sind, weil sonst das Zusammenleben durch die Schadenersatzpflichten zu sehr belastet wird, und überdies die Gefahr besteht, durch Ersatzleistungen für Gefühlsschäden die Empfindsamkeit und damit die ideellen Nachteile der Betroffenen zu erhöhen, was mit dem Gedanken des Schadensausgleichs in Widerspruch gerät. Zumindest wäre bei geringfügigen ideellen Schäden in Anlehnung an den französischen Weg zu erwägen, nur eine gerichtliche Feststellung eines rechtswidrigen Eingriffs – ohne Auferlegung einer Ersatzpflicht – vorzusehen[506]. Die Erheblichkeitsgrenze ist notgedrungen elastisch auszugestalten, indem insbesondere auf den Rang des beeinträchtigten Gutes, die objektive Feststellbarkeit der Beeinträchtigung und auf das Vorhandensein objektiver Anhaltspunkte für das Ausmaß des Nachteils abzustellen ist. **8/249**

505 In der U-Bahn tritt ein Fahrgast dem anderen auf die Schuhe und fügt diesen einen Kratzer zu; durch die bei einer Baustelle entwickelte Staubwolke wird die Kleidung eines Passanten verunreinigt.

506 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/169; dazu noch unten Rz 8/320.

III. Haftung für sonstige Fehler in der eigenen Sphäre

A. Fehlverhalten von Hilfspersonen

1. Rechtsvergleichender Rundblick

8/250 Die Gehilfenhaftung im außervertraglichen Bereich ist im deutschen Recht sehr zurückhaltend normiert: Der Geschäftsherr kann sich von der Haftung für das Fehlverhalten des Gehilfen befreien, wenn er beweist, dass er die erforderliche *Sorgfalt bei Auswahl und Leitung* aufgewendet hat. Immerhin wird damit eindeutig anerkannt, dass den Geschäftsherrn derartige Auswahl- und Überwachungspflichten – eine Art von Verkehrspflichten – treffen. Das polnische und das ungarische Recht[507] folgen diesem Ansatz: Der Geschäftsherr haftet für Auswahl- oder Überwachungsverschulden, dessen Vorliegen vermutet wird[508]. Im österreichischen Recht[509] haftet der Geschäftsherr darüber hinaus auch dann, wenn er – sei es auch schuldlos – einen ungeeigneten Gehilfen herangezogen hat; es ist dies eine verschuldensunabhängige Haftung wegen Schaffung einer besonderen Gefahrenquelle.

8/251 Die anderen Rechtsordnungen gehen darüber hinaus, indem sie von der Voraussetzung eines *Fehlverhaltens des Geschäftsherrn absehen:* Gemäß Art 1384 Code civil greift in Frankreich eine Haftung für ein objektives Fehlverhalten jener Personen ein, für die jemand verantwortlich ist[510]. Im norwegischen Recht[511] ist der Geschäftsherr »haftbar, wenn sein Dienstnehmer im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses schuldhaft Schaden verursacht. Die strikte Haftung des Geschäftsherrn wird dadurch gerechtfertigt, dass Dienstgeber und Dienstnehmer eine enge und dauerhafte Beziehung zum Zweck der Förderung der Interessen des Geschäftsherrn eingegangen sind.« »Sehr kurze, unentgeltliche Dienstleistungen, zB durch einen Nachbarn, der Brot einkaufen geht«, führen nicht zu dieser strikten Geschäftsherrnhaftung. In Japan wird zwar an ein Verschulden des Geschäftsherrn angeknüpft, doch wird dieses vermutet und werden an den Beweis der Schuldlosigkeit so hohe Anforderungen gestellt, dass im Ergebnis eine verschuldensunabhängige Haftung besteht[512].

8/252 Die Geschäftsherrnhaftung in England ist *strikt*[513]. Zu den Gründen führt *Oliphant* aus: »Die Rechtfertigungen dieser Haftung sind ziemlich kontrovers, doch

---

507 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/123 (für unabhängige Hilfspersonen); *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/129.

508 Die Bedenken, es handle sich um kein Verschulden im engen Sinn, da die Auswahl nicht rechtswidrig sei, treffen nicht zu: Es besteht wohl – wie zum deutschen Recht erwähnt – eine Verkehrssicherungspflicht, Gehilfen so auszuwählen, dass von ihnen keine Gefahr für Dritte ausgeht.

509 Ausführlich dazu jüngst *Ondreasova,* Die Gehilfenhaftung (2013) 97 ff.

510 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/180.

511 *Askeland,* Norwegen Rz 2/87 ; das selbe gilt nach polnischem Recht für abhängige Hilfspersonen (*Ludwichowska-Redo,* Poland Rz 3/124).

512 *Yamamoto,* Japan Rz 7/630 ff.

513 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/133.

wird allgemein anerkannt, dass sie auf einer Kombination verschiedener Erwägungen beruhen, einschließlich effizienter Verlustverteilung, der Verfügbarkeit einer gerechten und praktikablen Maßnahme, die verhindert, dass die verletzte Person keinen Ersatz erhält, und da der Dienstgeber wählen kann, wen er anstellt, und Kontrolle über das Geschehen hat, die Prävention künftiger Schadenszufügung.« Ebenso folgen die USA[514] dem Prinzip »respondeat superior«: »Dienstgeber haften für unerlaubte Schadenszufügung durch ihren Dienstnehmer im Rahmen seines Dienstverhältnisses. Die Haftung des Dienstgebers ist demnach verschuldensunabhängig, doch setzt dessen Haftung ein Verschulden des Dienstnehmers voraus.« Der Grundgedanke wird in der – abstrakten – Kontrollmöglichkeit gesehen. Es wird aber auch der Präventionsgedanke bemüht: Der Geschäftsherr wird zu besonders gründlicher Auswahl und Überwachung angehalten; er erhält einen Anreiz, Hilfspersonen nach einem Fehlverhalten zu disziplinieren und überdies wird er angeregt, die Hilfspersonen durch Maschinen zu ersetzen.

Als sehr überzeugend können diese Argumente wohl nicht angesehen werden: Das erste Ziel könnte auch durch eine Verschuldenshaftung – insbesondere verbunden mit einer Beweislastumkehr – erreicht werden; das zweite Ziel ist lediglich eine Variation des ersten. Das dritte Ziel, durch eine scharfe Haftung den Geschäftsherrn zum Abbau von Arbeitskräften und zur Mechanisierung anzutreiben, dürfte insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit nicht gerade den allgemeinen Zielvorstellungen unserer Gesellschaft entsprechen. **8/253**

Trotz Fehlens einer ausreichenden Begründung folgen auch die PETL (Art 6:102) und der DCFR (Art VI.-3:201) dem internationalen Trend und sehen eine umfassende Haftung für ein Fehlverhalten des Besorgungsgehilfen vor. **8/254**

Im französischen Bericht[515] wird auf eine Regelung des Entwurfs Catala (Art 1360) und damit auf eine praktisch höchst bedeutsame, jedoch kaum je angesprochene Problematik hingewiesen, nämlich die Haftung von Muttergesellschaften für ihre *Tochterunternehmen;* gleichgelagert ist wohl der Fall, dass an die Stelle einer Muttergesellschaft eine natürliche Person tritt. Obwohl das Tochterunternehmen rechtlich ein selbständiges Rechtssubjekt ist, spricht viel dafür, es im Sinne der Gehilfenhaftungsregelungen nicht als unabhängiges, selbständiges Unternehmen anzusehen, wenn es weitgehend unter dem Einfluss der Muttergesellschaft steht. Es ist auch zu bedenken, dass eine andere Lösung dazu führen würde, dass die beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaften dafür ausgenützt werden könnte, um schadensgeneigte Tätigkeiten auszulagern und damit das Risiko weitestgehend abzuwälzen. **8/255**

514 *Green/Cardi,* USA Rz 6/143 ff.
515 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/188.

2. Schlussfolgerungen

8/256 Die Lösungen der Rechtsordnung gehen bei der Zurechnung von Gehilfen weit auseinander. Da ja allgemein der Grundsatz anerkannt ist, dass für fremdes Verhalten in der Regel nicht einzustehen ist – so auch ausdrücklich § 1313 ABGB –, bedarf es gewichtiger Argumente, wenn bei Gehilfen generell eine doch sehr schwerwiegende Ausnahme gemacht wird: Eine Haftung für fremdes Verhalten lässt sich in einem *konsistenten Gesamtsystem* nur dann rechtfertigen, wenn Zurechnungsgründe vorhanden sind, die entsprechendes Gewicht haben wie jene Gründe, die für eine Haftung für eigenes schuldhaftes Verhalten oder für die Haftung für gefährliche Sachen vorgesehen sind[516]. Es ist eben das Gesamtgefüge der Zurechnungsgründe zu berücksichtigen und die Haftung für andere Personen darf nicht auf insgesamt schwächeren Gründen aufgebaut werden, als alle anderen Haftungen. Dass jemand eine andere Person im eigenen Interesse einsetzt, kann *allein* keinesfalls ein ausreichender Grund dafür sein, dass der Geschäftsherr für alle bei Ausführung dieser übertragenen Tätigkeit verursachten Schäden einzustehen hat. Sicherlich kann zu Recht darauf hingewiesen werden, dass ohnehin allgemein die Voraussetzung anerkannt sei, dass dem Gehilfen ein Fehlverhalten zur Last zu legen ist, und ein gravierender Fehler in der Sphäre einer Person es rechtfertigen könne, dieser Person den durch den Fehler verursachten Schaden zuzurechnen. Aber die entscheidende Frage ist, wann jemand der Sphäre eines anderen zugezählt werden kann und damit eine Haftung für das Fehlverhalten einer anderen Person gerechtfertigt erscheint. Es darf nicht vergessen werden, dass jede Person, also auch Hilfspersonen, grundsätzlich selbst für ihr Verhalten verantwortlich sind und eben nicht so ohne weiteres einer Person die Haftung für andere Personen auferlegt werden darf.

8/257 Die internationale Diskussion darüber muss ganz offenkundig noch erheblich vertieft und auch differenzierter geführt werden[517]. Ansätze dazu finden sich immerhin schon, wenn in manchen Rechtsordnungen sehr kurze und unbezahlte Dienste nicht für die Zurechnung ausreichen. Aber soll es für die Haftungsbegründung genügen, dass jemand einem Boten ein Entgelt dafür zahlt, dass dieser einem kranken Freund Medikamente bringt? Kann das völlig uneigennützige Interesse, einem Freund zu helfen, die Belastung mit der Haftung für die Hilfsperson rechtfertigen? Sollte es nicht auch auf die Intensität der Eingliederung in die Sphäre des Geschäftsherrn ankommen[518], insbesondere die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Verhalten des Gehilfen, etwa im Straßenverkehr? Ist eine ausreichende Einflussmöglichkeit auch dann gegeben, wenn jemand mangels eigener

516 Siehe zu all dem Basic Questions I Rz 6/95 ff.
517 So auch *Giliker,* Vicarious Liability or Liability for the Acts of Others in Tort: A Comparative Perspective, JETL 2011, 31, 54 ff.
518 Dazu *Ondreasova,* Gehilfenhaftung 103 ff.

Fähigkeiten einen sachkundigen Unternehmer heranzieht, dem er selbstverständlich keinerlei fachliche Anweisungen erteilen kann[519]? Ist nicht auch zu berücksichtigen, dass durch den Einsatz eines Fachmannes das Risiko der Schädigung Dritter sogar verringert wird[520]?

Überzeugende Argumente für die generelle strikte Haftung des Geschäftsherrn im außervertraglichen Bereich finden sich daher meines Erachtens (siehe Basic Questions I Rz 6/96) bisher *nicht,* so dass im Allgemeinen die besseren Gründe für die engere Haftung für vermutetes Auswahl- oder Überwachungsverschulden spricht. Der weiten Gegenposition könnte jedoch jedenfalls insofern entgegengekommen werden, als – so wie im österreichischen Recht – bei Untüchtigkeit des Gehilfen und damit wegen der Schaffung einer *besonderen Gefahrenquelle* eine strenge verschuldensunabhängige Haftung anerkannt wird. Ferner wäre es sachlich begründbar, eine weitergehende Haftung von *Unternehmern* für ihre Gehilfen anzuerkennen. Dafür könnten immerhin noch die Argumente sprechen, die für eine Verschärfung der Unternehmerhaftung vorgebracht werden, in Verbindung mit dem schweren Mangel in der Sphäre des Unternehmers, nämlich das Fehlverhalten des Gehilfen im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen. Ferner erscheint eine Differenzierung sachgerecht, die berücksichtigt, ob der Geschäftsherr nach Sinn und Zweck jener Pflichten, zu deren Erfüllung er den Gehilfen einsetzt, die Letztverantwortung für die Durchführung tragen soll[521]. Dementsprechend könnte etwa bei Verletzung von Pflichten im Zwischenbereich von Vertrag und Delikt, etwa bei *Verkehrssicherungspflichten,* eine weiterreichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens gerechtfertigt sein. Keinesfalls vertretbar erscheint mir jedenfalls eine allgemeine strikte Haftung für Besorgungsgehilfen im privaten Bereich. **8/258**

B. Fehlverhalten von Kindern

1. Rechtsvergleichender Rundblick

Die meisten Rechtsordnungen sehen eine Haftung der Eltern für – objektiv sorgfaltswidrige[522] – Schadenszufügungen durch ihre Kinder nur dann vor, wenn den *Eltern* ein *Fehlverhalten* – vor allem eine Aufsichts- oder allenfalls Erziehungspflichtverletzung – vorgeworfen werden kann, wobei allerdings insofern Unterschiede bestehen, als in den meisten Rechtsordnungen die Haftung durch eine **8/259**

519 Dies wird etwa auch in Frankreich berücksichtigt: *Moréteau,* Frankreich Rz 1/188 ; ebenso auch in Polen: *Ludwichowska-Redo,* Poland Rz 3/124.

520 Darauf wird auch in Frankreich hingewiesen, siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/184.

521 Siehe *Ondreasova,* Gehilfenhaftung 119 ff.

522 Diese Voraussetzung betont zu Recht etwa *Brüggemeier,* Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006) 528.

Beweislastumkehr verschärft wird[523]. Sowohl die PETL (Art 6:101) als auch der DCFR (Art VI.-3:104) haben die Variante mit der Beweislastumkehr gewählt. Spanien und die Niederlande kennen ebenfalls derartige Haftungsregeln, darüber hinaus jedoch auch eine *strikte Haftung der Eltern:* In Spanien für den Sonderfall der Begehung einer Straftat durch das Kind[524]; in den Niederlanden für den weiten Bereich der Haftung für Kinder unter 14 Jahren[525]. Diese beiden Rechtsordnungen bilden die Zwischenstufen zum norwegischen[526] und zum französischen Recht[527]: In Norwegen trifft die Eltern eine verschuldensunabhängige Haftung für Fehlverhalten ihrer Kinder. Das französische Recht geht sogar noch einen Schritt weiter: Nach heutiger Auslegung ordnet Art 1384 Abs 4 Code civil nicht nur eine strikte Haftung der Eltern für Schadenszufügungen ihrer Kinder an, so dass sich diese nur durch den Nachweis höherer Gewalt von der Ersatzpflicht befreien können, sondern bemerkenswerterweise greift diese Haftung für *jede* Schadenszufügung durch die Kinder ein, also selbst dann, wenn deren Verhalten nicht objektiv sorgfaltswidrig war und daher ein Erwachsener für dieselbe Handlung nicht haftbar geworden wäre.

2. Schlussfolgerungen[528]

8/260 Die überwiegend vorgesehene Verschuldenshaftung der Eltern bedeutet, dass die familienrechtlichen *Aufsichtspflichten* gleichsam nach außen gekehrt werden und sie mit drittschützendem Charakter ausgestattet werden[529]. Das lässt sich mit den für die Verkehrssicherungspflichten maßgebenden Gedanken[530] begründen: Kinder rufen ein besonderes Risiko hervor, da sie noch nicht die Fähigkeiten

523 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/121; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/114; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/133; zu den deutschsprachigen Ländern Basic Questions I Rz 6/98; siehe überdies die Länderberichte und die vergleichenden Berichte in *Martín-Casals* (Hrsg), Children in Tort Law I: Children as Tortfeasors (2006), Children in Tort Law II: Children as Victims (2007); *Spier* (Hrsg), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others (2003); *van Dam,* Tort Law² 493 ff; und schließlich *Koziol,* HAVE 2014, 96 ff.

524 *Martín-Casals/Ribot/Solé Feliu,* Children as Tortfeasors under Spanish Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 369 ff, 387 ff.

525 *van Boom,* Children as Tortfeasors under Dutch Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 293 ff, 296.

526 *Askeland,* Norwegen Rz 2/98.

527 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/180 bei FN 433; ferner *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano,* Children as Tortfeasors under French Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 169 ff, 193 ff.

528 Zum Folgenden ausführlicher *Koziol,* HAVE 2014, 93 ff.

529 *G. Wagner* in MünchKomm, BGB V⁶ (2013) § 832 Rz 2. Vgl auch *von Bar,* Gemeineuropäisches Deliktsrecht I (1996) Rz 100, 140.

530 In diesem Sinn etwa auch *Hirsch,* Children as Tortfeasors under Austrian Law, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 40, und *Wagner* in MünchKomm, BGB V⁶ § 832 Rz 2 in Verbindung mit § 823 Rz 320 ff.

besitzen, Gefährdungen zu erkennen und sich sachgerecht zu verhalten. Denjenigen, in dessen Sphäre sich die Quelle erhöhter Gefahr befindet und der somit Maßnahmen zur Abwendung oder Verringerung der Gefährdung anderer setzen kann, trifft die Pflicht, durch zumutbares aktives Verhalten Schädigungen möglichst abzuwenden[531].

Welche Rechtfertigung findet sich aber für das französische Recht, das den Eltern eine strikte, *verschuldensunabhängige* Haftung auferlegt (Art 1384 Abs 4 Code civil) und ihre Haftungsfreiheit nur bei höherer Gewalt anerkennt? *G. Wagner*[532] betont zu Recht, dass Kinder offenkundig in keiner Weise mit den Quellen außergewöhnlicher Gefahr, wie Kraftfahrzeugen und Atomkraftwerken, vergleichbar seien und eine strikte Haftung der Eltern daher grundsätzlich verfehlt wäre. Der Einwand ist zwar für andere Rechtsordnungen zutreffend, für das französische Recht jedoch problematisch: Art 1384 Abs 1 Code civil wird heute dahin verstanden, dass der Inhaber einer Sache für die durch diese verursachten Schäden strikt haftbar ist, und zwar unabhängig davon, ob die Sache schadhaft oder gefährlich ist[533]. Die strikte Haftung der Eltern für ihre Kinder fügt sich daher widerspruchsfrei in die sonstigen französischen Haftungsregeln ein. Grundsätzlich stellt sich allerdings die Frage, wie eine derartige strikte Haftung der Eltern sachlich begründet werden kann, wobei zu bedenken ist, dass es neben der besonderen Gefährlichkeit auch andere Gründe für eine verschuldensabhängige Haftung gibt, wobei etwa an die Produkthaftung zu erinnern ist[534]. Es muss daher näher auf die Gründe eingegangen werden, die im französischen Recht für die strikte Haftung der Eltern angeführt werden. Zunächst entspricht es der allgemeinen Grundtendenz, primär die Kompensation des Geschädigten im Auge zu haben und daher sehr großzügig bei den Haftungsvoraussetzungen zu sein[535]. Ferner wird das von Kindern ausgehende Schädigungsrisiko ins Treffen geführt[536]. Vor allem aber wird betont, dass fast alle Familien Versicherungen abgeschlossen haben, die die Haftpflicht der Eltern und der Kinder abdecken; da der Abschluss derartiger Versicherung zwar nicht erzwungen, aber doch intensiv gefördert wird und daher fast die gesamte Bevölkerung erfasst wird, sind die Prämien überaus günstig. **8/261**

---

531 Vgl *Brand,* Die Haftung des Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB, JuS 2012, 673; *Larenz/Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts[13] II/2 (1994) § 76 III 4c; *Jaun,* Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung. Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen (2007) § 10, 455 f.

532 Final Conclusions: Policy Issues and Tentative Answers, in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law II 299 f.

533 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/180; *Galand-Carval,* Strict Liability under French Law, in: B.A. Koch/Koziol (Hrsg), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002) 132.

534 Siehe Basic Questions I Rz 6/202.

535 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/153; ferner *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano* in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 193.

536 *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano* in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 194.

8/262 *G. Wagner*[537] hebt die volle Kompensation des Opfers, die umfassende Risikoverteilung sowie die geringen Abwicklungskosten als Vorteile der französischen Lösung hervor. Die *Nachteile* sieht er im geringen Anreiz zur Sorgfalt bei Aufsicht und Erziehung als Folge der weitgehenden Versicherungsdeckung, wobei die Prämienhöhe nicht risikoabhängig erfolgt[538]; in der Belastung der Familien mit den – allerdings recht geringen – Kosten der Versicherung für die weitgehende Haftung; in der Bevorzugung der Opfer einer Schädigung durch Kinder gegenüber den durch Erwachsene Geschädigten, indem Eltern für die Schädigung durch Kinder auch dann einzustehen haben, wenn Erwachsene für dieselbe Handlung – mangels Rechtswidrigkeit – nicht gehaftet hätten. *Wagner* gibt deshalb der französischen Lösung nicht den Vorzug. Ihm ist meines Erachtens zuzustimmen, insbesondere wenn man bedenkt, dass das Argument der Abdeckung der scharfen Haftung durch eine günstige Haftpflichtversicherung keineswegs immer trägt, da diese nicht obligatorisch ist und nicht wirklich alle Haushalte eine derartige Versicherung besitzen und andererseits die Versicherung wohl keine unbegrenzte Deckung bietet. Stets dann, wenn keine Versicherungsdeckung vorhanden ist, werden die Eltern in voller Härte durch die überaus scharfe, zu weit gehende Haftung getroffen.

8/263 Der französische Weg könnte jedoch eine Anregung für eine vom Ansatz her neuartige Lösung bieten: Durch die Förderung des Abschlusses einer die Haftung der Eltern abdeckenden Versicherung soll eine weitgehende Sozialisierung der durch Kinder verursachten Schäden erreicht werden. Diese Absicht ist allerdings nicht vollständig durchgeführt, da die Versicherung nicht obligatorisch ist und überdies die Kosten für die Familien-Versicherung doch von den Familien und nicht der Allgemeinheit getragen werden. Es wäre jedoch zu überlegen, den Gedanken, dass die gesamte Gesellschaft ein Interesse an Kindern hat und daher auch die Allgemeinheit die Kosten der Haftung für Schädigungen durch Kinder tragen soll, konsequent durchzuführen. Das könnte etwa in Form einer von der Allgemeinheit finanzierten, der Höhe nach unbeschränkten *sozialen Haftpflichtversicherung* für Schäden durch Kinder erfolgen. So wie die schon bestehenden Sozialversicherungen wären die Kosten nicht von den potentiellen Haftpflichtigen alleine zu tragen, sondern von allen Sozialversicherungspflichtigen, ohne dass auf die Risikogeneigtheit der Versicherten gesehen wird. Ein haftungsrechtlicher Anreiz für die Eltern zur guten Erziehung und zur erforderlichen Beaufsichtigung wäre bei einer derartigen Vergesellschaftung des Risikos allerdings nicht mehr gegeben.

537 In: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law II 294 ff.

538 *Francoz-Terminal/Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano* in: Martín-Casals (Hrsg), Children in Tort Law I 185 f.

C. Fehlerhafte Sachen

Fehlerhafte Sachen in der Sphäre des Beklagten spielen im deutschen Rechtskreis eine erhebliche Rolle, etwa bei Gebäuden, Wegen, Kraftfahrzeugen. Die Fehlerhaftigkeit von Sachen kann wegen der mit ihr verbundenen *konkreten Gefährlichkeit* zu einer Verschärfung der Haftung durch Umkehr der Beweislast für das Verschulden oder den Verzicht auf ein subjektives Verschulden als Haftungsvoraussetzung führen; die Defekte können auch eine Verschärfung von Gefährdungshaftungen bewirken. Dem polnischen und dem norwegischen Recht ist die Verschärfung der Haftung wegen der mangelhaften Beschaffenheit von Sachen ebenfalls bekannt[539]; im japanischen Recht findet sich eine verschärfte Haftung bei Schädigung durch mangelhafte Bauwerke[540]. Am weitesten geht Frankreich[541], das auf Grund einer extensiven Interpretation des Art 1384 Code civil demjenigen, der die Gewahrsame über eine mangelhafte Sache hat, eine verschuldensunabhängige Haftung auferlegt. Wie *Moréteau* aufzeigt, beruht diese Auffassung aber noch in gewissem Maße auf einem schwach ausgeprägten Rechtswidrigkeitsgedanken, nämlich dass der Inhaber die Sache nicht ordnungsgemäß instandgehalten hat. In Ungarn, England und den USA ist dieser für die Haftungsverschärfung relevante Gesichtspunkt hingegen unbekannt[542]. **8/264**

Schlussfolgerungen: In all jenen Rechtsordnungen, in denen bei der Festlegung der Sorgfaltspflichten die Gefährlichkeit der Situation eine Rolle spielt, könnte oder sollte es sogar eine Rolle spielen, wenn es um mangelhafte Sachen geht, da die Gefährlichkeit durch den Mangel regelmäßig erhöht wird und dies auch für eine Erhöhung der Sorgfaltspflichten spricht. **8/265**

IV. Die hohe Gefährlichkeit

A. Rechtsvergleichender Rundblick

In den deutschsprachigen Ländern[543] wird zwar die besondere Gefährlichkeit als wichtiges *haftungsbegründendes Element* neben dem Verschulden anerkannt und deshalb sogar von einer Zweispurigkeit des Haftungssystems gesprochen; der Gesetzgeber hat jedoch den Schritt zu einer Generalklausel noch nicht gewagt. **8/266**

539 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/126 f; *Askeland,* Norwegen Rz 2/112.
540 *Yamamoto,* Japan Rz 7/654 ff.
541 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/156.
542 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/140; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/134; *Green/Cardi,* USA Rz 6/149.
543 Basic Questions I Rz 6/139 ff.

Die Unterschiedlichkeit der europäischen Rechtsordnungen wurde schon in den Basic Questions I angesprochen und schlägt sich selbstverständlich auch in den Landesberichten nieder: In Frankreich wird Art 1384 Code civil dahin verstanden, dass er eine verschuldensunabhängige Haftung des »gardien« anordnet, die jedoch nicht auf dem Haftungselement der hohen Gefährlichkeit beruht, sondern höchstens zum Teil auf der Berücksichtigung der erhöhten Mangel-Gefährlichkeit[544]. Die Lage in Polen entspricht hingegen jener in den deutschsprachigen Ländern[545], das gleiche gilt für Japan[546], während der ungarische Gesetzgeber eine generelle Gefährdungshaftungs-Regelung getroffen hat[547]. In Norwegen haben die Gerichte eine generelle Gefährdungshaftung entwickelt[548]. In den USA wird immerhin eine Haftung für »abnormally dangerous activity« anerkannt[549]; in England besteht selbst dieser gegenüber große Zurückhaltung[550].

8/267 Die European Group on Tort Law konnte sich lediglich zu einer generellen Norm für »abnormally dangerous activities« durchringen (Art 5:101 PETL), die jedenfalls dann nicht eingreifen soll, wenn es sich um »common usage« handelt; das Fahren mit Kraftfahrzeugen etwa ist daher nicht erfasst. Der DCFR hat – dem Vorbild so mancher nationalen Rechtsordnung folgend – keine allgemeine Regel aufgestellt, sondern erwähnt lediglich einige einzelne Gefahrenquellen (Art VI.-3:201 ff).

B. Schlussfolgerungen

8/268 Die *Grundgedanken* der Gefährdungshaftung können wohl darin gefunden werden[551], dass einerseits eher jenem der Schaden zuzurechnen ist, dessen Interessen die besondere, jedoch erlaubte Gefahrenquelle dient; anderseits darin, dass jemandem um so eher die Haftung auferlegt werden kann, wenn ihm die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gefahrenquelle (Gefahrenbeherrschung) gegeben ist. Wurde erkannt, dass die besondere Gefährlichkeit ganz allgemein ein Faktor ist, der eine verschuldensunabhängige Haftung rechtfertigen kann, so entspräche es dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn dies in einer Generalnorm geregelt wird; die Sonderregelungen für einzelne Gefahrenquellen führen jedenfalls zu einer Widersprüchlichkeit der Gesamtrechtsordnung. Die erheblichen Auffassungsunterschiede bezüglich des Anwendungsbereiches scheinen jedoch bisher kaum

544 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/157.
545 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/127 ff.
546 *Yamamoto,* Japan Rz 7/369 ff und 673 ff.
547 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/141.
548 *Askeland,* Norwegen Rz 2/102.
549 *Green/Cardi,* USA Rz 6/153 ff.
550 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/135.
551 Siehe Basic Questions I Rz 6/139; ferner *Yamamoto,* Japan Rz 7/369 ff, 673 ff.

überwindbar, da im common law lediglich für ganz außergewöhnlich gefährliche Aktivitäten, nicht aber etwa für die gewöhnliche Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugverkehrs, eine strikte Haftung anerkannt wird. In dieser Frage gab es auch in der European Group on Tort Law nicht zu überbrückende Meinungsverschiedenheiten. Umfassende Diskussionen sind daher noch unerlässlich, um wenigstens zu einer Minimaleinigung zu gelangen.

Der Gegensatz besteht allerdings möglicherweise nur in der offenen Benennung und systematischen Einordnung der Haftung. Es besteht nämlich der Verdacht, dass selbst dann, wenn keine Gefährdungshaftung vorgesehen ist, in der Sache ohnehin eine verschuldensunabhängige Haftung anerkannt wird, da möglicherweise gerade im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugverkehrs die *Sorgfaltspflichten* derart *überspannt* werden[552], dass sie von einem normalen Verkehrsteilnehmer nicht mehr eingehalten werden können und daher in der Sache ohnehin eine Gefährdungshaftung anerkannt wird[553]. Auf diesem Weg hat sich offenbar in Norwegen die Gefährdungshaftung herausgebildet[554]. Ob dies auch in England tatsächlich der Fall ist, könnte wohl nur durch eine genaue Analyse der englischen Entscheidungen festgestellt werden, die allerdings nicht nur höchst mühsam wäre, sondern auch sehr schwierig, da die Schilderung des Sachverhaltes in den Entscheidungen die relevanten Umstände nicht leicht und manchmal überhaupt nicht erkennen lassen dürften. Sollte eine verdeckte Gefährdungshaftung bestehen, dann ginge es wegen der weitgehenden sachlichen Übereinstimmung primär nur mehr um die offene Anerkennung, die nicht nur aus systematischen Gründen wünschenswert wäre, sondern auch Verwerfungen innerhalb der Verschuldenshaftung bereinigen könnte. **8/269**

V. Wirtschaftliche Tragfähigkeit

Das polnische Recht räumt dem Element der wirtschaftlichen Tragfähigkeit verhältnismäßig große Bedeutung ein[555], nämlich bei der Haftung für Personenschäden, die durch rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt entstanden, bei der Haftung von Kindern und geistig behinderten Personen sowie von Tier- **8/270**

552 Zu dieser verdeckten Schaffung von Gefährdungshaftungen siehe *van Dam,* Tort Law² 302 ff; *Wagner* in MünchKomm, BGB V⁶ Vor § 823 Rz 25; *P. Widmer,* Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 110 (1974) 289; *P. Widmer,* Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 96 (1977) 421 f; *Widmer* in: Zimmermann (Hrsg), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (2003) 168.

553 Siehe *Gilead,* Israel, in: Koch/Koziol (Hrsg), Unification: Strict Liability 184.

554 *Askeland,* Norwegen Rz 2/108.

555 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/136.

haltern; ferner stellt die Reduktionsklausel unter anderem auf dieses Kriterium ab. In Ungarn[556] spielte der Gedanke der wirtschaftlichen Tragfähigkeit eine Rolle bei der Ausgestaltung der Haftung des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen; ferner wird auf dieses Kriterium – neben anderen – bei Anwendung der Reduktionsklausel abgestellt.

8/271 In England[557] und den USA ist dieses Kriterium hingegen als die Haftung beeinflussendes Element nahezu unbekannt[558]. Hinzuweisen ist allerdings wegen der Ausführungen im US-Landesbericht darauf, dass es nicht schlicht um den Reichtum des Schädigers geht, sondern um eine Abwägung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit auf beiden Seiten und überdies nach überwiegender Auffassung auch nicht lediglich um den Reichtum, sondern um die wirtschaftliche Tragfähigkeit, die auch vom Vorhandensein von Versicherungen beeinflusst werden kann.

8/272 **Schlussfolgerungen:** In Kontinentaleuropa genießt das Kriterium der wirtschaftlichen Tragfähigkeit in *Grenzfällen* der Haftung als Zünglein an der Waage durchaus Anerkennung. Ob im common law Zustimmung zu dieser »Hilfsfunktion« gefunden werden kann, erscheint zweifelhaft. Überzeugungskraft käme wieder einer rechtstatsächlichen Untersuchung zu, die zu dem Ergebnis käme, dass dieses Kriterium durchaus auch schon heute von den Gerichten verdeckt herangezogen wird.

VI. Gewinnerzielung

8/273 Der polnische Bericht hebt hervor, dass die Gewinnerzielung ein tragendes Argument für die Anerkennung der risikoorientierten Haftung, also der Gefährdungshaftung, bildet[559]. Auch in Ungarn wird sie als allgemeiner Grundsatz der Risikoverteilung angesehen, die insbesondere für die Gehilfenhaftung Bedeutung habe[560]. In England spielt auch dieses Kriterium keine große Rolle; es wird lediglich bei der Gehilfenhaftung und der Produkthaftung erwähnt[561].

8/274 **Schlussfolgerungen:** Die geringere systematisch-dogmatische Durchdringung im einzelfallbezogenen englischen Recht hat zwar eine eingehende Diskussion auch dieses Kriteriums verhindert, als Grundgedanken, der für die Anerkennung bestimmter Haftungsarten eine Rolle spielen kann, dürfte ihm aber wohl kein Widerstand entgegen gesetzt werden.

556 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/148.
557 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/138.
558 *Green/Cardi,* USA Rz 6/156.
559 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/138.
560 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/148.
561 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/138.

VII. Versicherbarkeit und Versichertsein

Für die Bejahung einer strengen, verschuldensunabhängigen Haftung der Eltern für die von ihren Kindern verursachten Schäden spielt in Frankreich die Möglichkeit einer günstigen *Versicherbarkeit* dieses Haftungsrisikos eine entscheidende Rolle[562]. Auch in Polen[563] wird die Versicherbarkeit als relevanter Gesichtspunkt für die Einführung verschuldensunabhängiger Haftungen angesehen. Ob in einem konkreten Fall tatsächlich Versicherungsschutz gegeben ist, wird hingegen als irrelevant für die Bejahung der Haftung gehalten, außer in den Fällen der Billigkeitshaftung, in denen die finanzielle Situation bedeutsam ist. Demgegenüber wird jedoch für Ungarn[564] eine merkbar höhere Bereitschaft festgestellt, Schadenersatz zuzusprechen, wenn der Schaden durch eine *Haftpflichtversicherung abgedeckt* ist. In England[565] kommt dem Vorhandensein einer Versicherung keine Bedeutung zu; über die Versicherbarkeit wird nichts ausgesagt. In den USA[566] hat die Versicherbarkeit bei der Ausgestaltung der Produkthaftung eine Rolle gespielt, aber auch bei der Abschaffung der »family imunity«, da Ansprüche unter Familienangehörigen ohnehin regelmäßig von Versicherungen gedeckt sind. **8/275**

Schlussfolgerungen: Dass Gerichte eine größere Bereitschaft zeigen, bei *Deckung* des Schadens durch eine Versicherung Schadenersatzansprüche zuzuerkennen, mag eine verbreitete Erscheinung sein. Grundsätzlich ist aber zu bedenken, dass Haftpflichtversicherungen nicht zur Entstehung von Ersatzansprüchen führen dürften, sondern nur zur Abdeckung von unabhängig von der Deckung gegebenen Ersatzansprüchen. Insbesondere in Zweifelsfällen wird aber die Berücksichtigung einer bestehenden Haftpflichtversicherung kaum unterbunden werden können. **8/276**

Dass die *Versicherbarkeit*[567] und damit der Gedanke des »loss spreading« für die Einführung von verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen als ebenfalls zu berücksichtigendes Kriterium Bedeutung erlangen kann, erscheint demgegenüber durchaus berechtigt, da sie die Zumutbarkeit der Haftung beeinflusst. **8/277**

562 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/153.
563 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/139.
564 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/150.
565 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/138.
566 *Green/Cardi,* USA Rz 6/158 f.
567 Zur Versicherbarkeit siehe *Faure/Grimeaud,* Financial Assurance Issues of Environmental Liability, in: Faure (Hrsg), Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability (2003) 207 ff; *G. Wagner,* (Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation System, in: van Boom/Faure (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 87 ff.

VIII. Risikogemeinschaft

8/278 Dem Risikogemeinschaftsgedanken wird in Ungarn durchaus Beachtung geschenkt und auch auf dessen Bedeutung für die *Produkthaftung* hingewiesen[568]. Im englischen Recht konnte dieser Gedanke hingegen offenbar keine allgemeine Beachtung finden[569].

8/279 *Green/Cardi* machen in ihrem US-Bericht[570], der sich auf die Produkthaftung und die Haftung für Verkehrsunfälle konzentriert, einerseits darauf aufmerksam, dass Märkte oft geteilt sind, weil manche sicherere, manche weniger sichere Produkte kaufen und daher keine Risikogemeinschaft entstehe; andererseits heben sie hervor, dass Personen mit hohen Einkünften durch Verletzungen vielfach höhere Einkommensverluste erleiden und daher höhere Schadenersatzleistungen erhalten, so dass letztlich die Ärmeren die Reichen finanziell unterstützen, da sie denselben Preis bezahlen, jedoch bei Verletzung nahezu keine Ersatzleistung erhalten. Eine derartige Umverteilung durch die Produkthaftung erschiene weder gerecht noch wünschenswert. Aber ich bin mir nicht sicher, dass *Greens* und *Cardis* Bedenken gerechtfertigt sind: Ihre Argumentation ist nur überzeugend, wenn lediglich ein und dasselbe Produkt berücksichtigt wird; aber üblicherweise kaufen reiche Leute teurere Waren und ich vermute, dass sie daher auch insgesamt einen höheren Beitrag zum »Haftungsfonds« des Unternehmers leisten. Daher glaube ich, dass die Risikogemeinschaft doch – wenigstens annähernd – sachgerecht erfasst wird.

8/280 *Greens* und *Cardis* für die Produkthaftung letztlich wohl nicht zutreffenden Bedenken erinnern aber immerhin auch daran, dass wir in Europa nebeneinander verschiedene Ersatzsysteme vorgesehen haben, die auf den Ersatz desselben Schadens ausgerichtet sind, jedoch *unterschiedliche Risikogemeinschaften* erfassen, daher auch unterschiedliche Umverteilungswirkungen entfalten und überdies durch Rückgriffsrechte wiederum gegenläufige Umverteilungen bewirkt werden. Das zeigt sich am deutlichsten bei Verkehrsunfallschäden: Personenschäden werden weitgehend durch die Sozialversicherung abgedeckt, zu der jene mehr beitragen, die höhere Einkommen beziehen und daher auch höhere Einkommensschäden erleiden. Daneben besteht die durch Pflicht-Haftpflichtversicherungen abgedeckte Gefährdungshaftung, bei der die Halter größerer und damit teurer Kraftfahrzeuge auch höhere Versicherungsprämien zahlen, so dass es nicht jedenfalls zu einer von *Green/Cardi* gerügten Umverteilung von Arm zu Reich kommt. Überdies besteht dann, wenn der Unfall durch einen Mangel des Kraftfahrzeugs

568 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/151.

569 Siehe dazu auch *Oliphant, Rylands v Fletcher* and the Emergence of Enterprise Liability in the Common Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) 81 ff.

570 *Green/Cardi,* USA Rz 6/160 f.

verursacht wurde, noch die strikte Haftung – die möglicherweise überdies durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt ist – des als eine Art Versicherungszentrale agierenden Produzenten, wobei die Preisgestaltung und damit die Verteilung der Haftungsbeiträge nur schwer nachvollziehbar sein wird. Es ist aber wohl zu vermuten, dass die Käufer teurer Fahrzeuge auch einen größeren Beitrag zum Haftungsfonds zahlen, so dass es wiederum nicht zu einer von *Green/Cardi* befürchteten Umverteilung von den schlecht Verdienenden zu den Besserverdienenden kommt. Es bestehen aber jedenfalls drei unterschiedliche Risikogemeinschaften mit unterschiedlichen Beitragsregelungen und damit unterschiedlichen Umverteilungsfolgen, die durch Rückgriffsmöglichkeiten verschoben werden können.

Das ist sicherlich kein beglückendes, ökonomisch sinnvoll gestaltetes, einen Risikogemeinschaftsgedanken konsequent durchziehendes, kostengünstiges Gesamtsystem. Es wäre daher eine *Bereinigung* der konkurrierenden Ersatzsysteme zu überlegen, wobei die oben (Rz 8/74 f) erörterte skandinavische Lösung Beachtung verdiente. **8/281**

IX. Das Zusammenspiel von Zurechnungselementen

Dem Zusammenspiel der Zurechnungselemente sollte jedenfalls in jenen Rechtsordnungen eher Aufmerksamkeit geschenkt werden, in denen stärker auf das Gesamtsystem gesehen wird; weniger zu erwarten ist dies in den Ländern des common law. In den kontinentaleuropäischen Berichten wird jedoch nicht allzu intensiv auf das Ineinandergreifen der verschiedenen Zurechnungskriterien eingegangen, in Norwegen und Ungarn schenkt man ihm aber immerhin Beachtung[571]. **8/282**

Der *US-Bericht* erweckt sogar den Eindruck, dass das Erkennen des Zusammenspiels auf Schwierigkeiten stößt[572]: Dass die Beweislastumkehr nicht nur bezüglich des Verschuldens vorgesehen wird und dass sie verschiedene Ziele verfolgen kann, ist ganz offenkundig und wird auch keineswegs bestritten. In den Basic Questions I[573] ging es jedoch gerade um das Zusammenspiel der beiden Elemente Verschulden und Gefährlichkeit. Wenn nun in einigen Rechtsordnungen wegen der erhöhten Gefährlichkeit eine Umkehr der Beweislast für das Verschulden vorgesehen wird, so liegt darin, dass schon vermutetes und nicht bloß nachgewiesenes Verschulden zur Haftungsbegründung genügt, ohne Zweifel eine Verschärfung der Verschuldenshaftung, die gerade wegen der erhöhten Gefährlichkeit angeordnet **8/283**

571 *Askeland,* Norwegen Rz 2/107 ff; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/152 ff.
572 *Green/Cardi,* USA Rz 6/162.
573 Basic Questions I Rz 6/189.

wird[574]. Ferner wird mit der Feststellung, dass die Gefährlichkeit der Situation zu einer Erhöhung der Sorgfaltspflichten führt, noch nicht behauptet, dass es sich nicht mehr um eine Haftung für Fehlverhalten handelt, sondern es soll nur aufgezeigt werden, dass das Moment der Gefährlichkeit schon im Rahmen der Verschuldenshaftung bedeutsam ist, indem es zu einer Erhöhung der Sorgfaltspflichten und damit zu einer gewissen Verschärfung der Haftung führt. Wenn diese Tatsache noch durch den Hinweis zu verdecken versucht wird, dass bei der Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes die »reasonableness« maßgebend ist, so wird mit diesem weitgehend inhaltsleeren Begriff in Wahrheit nichts ausgesagt; es dient dann der Erkenntnis der maßgebenden Faktoren und damit der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung, wenn herausgearbeitet werden kann, dass es gerade die erhöhte Gefährlichkeit ist, die die Erhöhung der Sorgfaltspflichten »reasonable« erscheinen lässt. Der dem common law eigenen punktuellen Betrachtungsweise entspricht es auch, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Gedanke der Unternehmerhaftung lediglich bei der Produkthaftung eine Rolle spielt, aber nicht weiter überlegt wird, ob deren Grundgedanken zu einem breiteren Anwendungsbereich führen müssten, um dem Gleichbehandlungsgrundsatz Genüge zu tun. Wenn als Begründung für die strikte Produkthaftung schließlich die Schwierigkeit des Nachweises eines Verschuldens angeführt wird, so ist dem grundsätzlich entgegenzusetzen, dass in den Ausreißerfällen typischerweise kein Verschulden im Spiel ist und abgesehen davon Beweisschwierigkeiten wohl kaum eine strikte Haftung rechtfertigen können, sondern lediglich eine Verschärfung der Haftung durch eine Beweislastumkehr, also die Vermutung eines Verschuldens. Wenn überdies die besondere Gefährlichkeit des mangelhaften Produkts als Grund für die strikte Haftung erwähnt wird, so dürfte damit ein entscheidender Gedanke angesprochen sein, nämlich die erhöhte Gefährlichkeit; bei einer Beschränkung auf derartige Fälle könnte eine verschuldensunabhängige Haftung gerechtfertigt sein. Im Ergebnis scheint mir daher das US-Recht durchaus wertvolle Anhaltspunkte für ein Überdenken der europäischen Lösung der Produkthaftung zu liefern.

8/284 **Schlussfolgerungen:** Da schon lange erkannt wurde, dass eine Überwälzung des Schadens vom Geschädigten auf den Schädiger nicht lediglich auf einem einzigen Grund beruht, monokausale Theorien daher jedenfalls abzulehnen sind, sollte im Interesse eines konsistenten, gerechten Gesamtsystems mehr Gewicht als bisher auf die Herausarbeitung aller für die Haftungsbegründung relevanten Faktoren gelegt, aber auch dem *Zusammenspiel* dieser Momente mehr Aufmerk-

574 Zur Verschärfung der Haftung durch Beweislastumkehr siehe *B. C. Steininger,* Verschärfung der Verschuldenshaftung (2007) 72 ff; *Karner,* The Function of the Burden of Proof in Tort Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 68 ff; vgl auch *Ulfbeck/Holle,* Tort Law and Burden of Proof – Comparative Aspects. A Special Case for Enterprise Liability? in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008, 26 ff.

samkeit geschenkt werden. Innovative Ansätze für das Zusammenwirken mehrerer Haftungsfaktoren sind in den Rechtsordnungen zwar durchaus erkennbar, aber es hat sich daraus noch kein geschlossenes System entwickelt. Zu erinnern ist etwa an die Begründung der Produzentenhaftung vor allem mit den Gedanken, dass Vorteil und Risiko auf dieselbe Seite fallen sollen, in Kombination mit dem Moment der – gering einzustufenden – Mangel-Gefährlichkeit und dem Bestehen einer Risikogemeinschaft; dies scheint ein verallgemeinerungsfähiger Ansatz zu sein. In Frankreich spielt für die strikte Haftung der Eltern für die von ihren Kindern verursachten Schäden die etwas erhöhte Gefährlichkeit der Kinder, aber auch die günstige Versicherbarkeit dieses Haftungsrisikos eine Rolle.

X. Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten

A. Rechtsvergleichender Rundblick

Dass Mitverschulden des Geschädigten zur Schadens*teilung* führt, ist heute allgemein anerkannt[575]. In den USA wirkt sich die lange beibehaltende Regel, dass bei Mitverschulden der Geschädigte den Ersatzanspruch völlig verliert, noch insofern aus, als diese auch heute noch Geltung haben soll, wenn der Geschädigte »is more than 50 % at fault«[576]. Was damit gemeint ist, wird allerdings nicht ganz klar, da ja sowohl Täter als auch Opfer schuldhaft handeln und nicht lediglich ein gewisser Prozentsatz eines Verschuldens vorliegt; da ferner auch jeder der beiden eine conditio sine qua non für den gesamten Schaden gesetzt hat, ist auch von der Kausalität her gesehen keine prozentuelle Aufteilung der Ursächlichkeit möglich. Gemeint sein dürfte so wie im deutschen Recht, das auf die ebenfalls nicht feststellbare vorwiegende Verursachung abstellt, dass es auf das Gesamtgewicht der Zurechnungsgründe, also insbesondere auf die Schwere des Verschuldens und die Adäquität, ankommt[577]. **8/285**

Dass das Mitverschulden des Geschädigten in der Regel von anderer Qualität ist als das Verschulden des Täters, weil der Geschädigte bei Sorglosigkeit gegen- **8/286**

575 Siehe *Askeland,* Norwegen Rz 2/113 ff; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/140; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/155 ff; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/139; *Yamamoto,* Japan Rz 7/807 ff (mit einer Darstellung der teils recht eigenwilligen Konstruktionen der Beachtung des Mitverschuldens). Siehe ferner auf breiter rechtsvergleichender Basis *Magnus/Martín-Casals,* Comparative Conclusions, in: Magnus/Martín-Casals (Hrsg), Unification of Tort Law: Contributory Negligence (2004) 259 f.

576 *Green/Cardi,* USA Rz 6/167.

577 Vgl *Askeland,* Norwegen Rz 2/116; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/140 und 143; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/155 ff.

über seinen eigenen Gütern meist *nicht rechtswidrig* handelt[578], wird manchmal durchaus gesehen[579]. Ebenso wird auch anerkannt, dass nicht nur das Verschulden des Opfers sondern auch andere Momente, die bei Schädigung anderer Personen haftungsbegründend wirken könnten, zu berücksichtigen sind, etwa die Gefährlichkeit von Sachen[580] oder besondere Risken der eigenen Sphäre, etwa Veranlagungen, die zu einem erhöhten Verletzungsrisiko führen[581].

8/287 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den grundsätzlichen Problemen der Mitverantwortung[582], insbesondere im Zusammenhang mit dem Grundsatz casum sentit dominus und der Tatsache, dass der Geschädigte bei Selbstgefährdung regelmäßig nicht rechtswidrig handelt, findet zwar kaum statt[583], aber es wird doch eine gewisse unterschiedliche Behandlung von Täter und Geschädigtem registriert[584]. Die Erörterung dieser Grundfragen kann in jenen Rechtsordnungen, die im deliktischen Bereich nur eine begrenzte Zurechnung des Gehilfenverhaltens kennen, von Bedeutung sein: Da der Geschädigte das Risiko seiner Sphäre trägt, spricht vieles dafür, dass er sich auch jedes Fehlverhalten der von ihm beigezogenen Gehilfen in Ausübung der ihnen von ihm übertragenen Tätigkeiten zurechnen lassen muss und die engen Grenzen der Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei Schädigung Dritter hier nicht gezogen werden dürfen[585].

8/288 Von Interesse ist die in manchen Rechtsordnungen akzeptierte Differenzierung zwischen Verletzungen der hochrangigsten Güter (Leben und Gesundheit) und anderer Güter (etwa Eigentum): Bei Körperverletzungen wird im Interesse des Schutzes des Geschädigten keine oder nur eine geringere Minderung des Schadenersatzanspruches anerkannt[586]. Das ist besonders dann überraschend, wenn – wie in Norwegen – ohnehin eine weitgehende Abdeckung der Personenschäden durch das Sozialversicherungsrecht eingreift und daher sogar ein geringeres Schutzbedürfnis des Geschädigten besteht.

---

578 Auf einem Missverständnis beruht es, wenn im US-Bericht Rz 6/169 davon ausgegangen wird, dass in Basic Questions I Rz 6/204 behauptet werde, dass die Mitverantwortung des Geschädigten voraussetze, dass sein Verhalten ihn auch gegenüber Dritten haftbar macht. An der zitierten Stelle sollte vielmehr nur ausgedrückt werden, dass das sorglose Verhalten des Geschädigten so beschaffen sein muss, dass es dann, wenn es gegenüber den Gütern Dritter gesetzt worden wäre, haftungsbegründend gewesen wäre.

579 Siehe *Askeland,* Norwegen Rz 2/114; *Green/Cardi,* USA Rz 6/171 f; *Yamamoto,* Japan Rz 7/813 ff. Anders offenbar in England *(Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/139 f).

580 *Askeland,* Norwegen Rz 2/114.

581 Siehe zur japanischen Diskussion *Yamamoto,* Japan Rz 7/840 ff.

582 Siehe Basic Questions I Rz 6/204 ff.

583 Siehe jedoch *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/140 und 143; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/155.

584 *Askeland,* Norwegen Rz 2/114 und 117; *Yamamoto,* Japan Rz 7/813 ff.

585 Siehe Basic Questions I Rz 6/221 ff. Zu entsprechenden Überlegungen siehe *Askeland,* Norwegen Rz 2/122 f und *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/156. In Polen wird hingegen die Zurechnung so wie bei Schädigung Dritter vorgenommen: *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/145.

586 *Askeland,* Norwegen Rz 2/124.

B. Schlussfolgerungen

Mangels ausreichender Klärung der Grundfragen bestehen trotz grundsätzlicher Übereinstimmung noch immer ganz erhebliche Unterschiede. Diskutiert werden müsste vor allem die Bedeutung des Umstands, dass das Verhalten des Geschädigten in der Regel *nicht rechtswidrig* ist, und welche Rolle der Grundsatz casum sentit dominus spielt. Diese Frage ist insbesondere für die Zurechnung des Verhaltens von *Hilfspersonen* oder von besonderen Gefahrenquellen in der Sphäre des Geschädigten relevant. Der Klarstellung bedarf auch noch das Verhältnis von Gefährdungshaftung einerseits und Mitverschulden andererseits. Meine Auffassung, die den Grundsatz berücksichtigt, dass jeder das Risiko seiner Sphäre selbst zu tragen hat, habe ich in Basic Questions I Rz 6/210 ff ausführlicher dargelegt. **8/289**

▷

Teil 7 Begrenzung der Zurechnung

I. Rechtsvergleichender Rundblick

8/290 Die Zurechnung jedes im Sinne der Conditio-sine-qua-non-Formel oder des but-for-Tests verursachten Schadens wird in allen Rechtsordnungen[587] – mit einiger Zurückhaltung selbst in Frankreich[588] – sowohl für die Verschuldens- als auch die strikte Haftung[589] als zu weitgehend empfunden und es werden daher *wertende Begrenzungskriterien* herangezogen. Diese werden häufig in etwas verwirrender Weise in die Kausalitätsprüfung einbezogen[590], wobei manchmal immerhin zwecks Abgrenzung gegenüber der »natürlichen« Kausalität von der »juristischen« oder »normativen« Kausalität gesprochen wird. In manchen Rechtsordnungen wird – ähnlich wie im deutschen Rechtskreis – das Adäquanzkriterium herangezogen[591]; in manchen gesondert[592] oder etwas vermischt[593] mit der Adäquanz auch der Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm, der ja nichts anderes als ein Ergebnis teleologischer Interpretation ist. Im common law wird vielfach geprüft, ob der Schaden zu »remote« ist, was weitgehend der Adäquanzprüfung gleichzusetzen ist[594], jedoch auch die »harm-within-the-risk rule« herangezogen, die wohl weitgehend dem Schutzzweckgedanken entspricht[595].

---

587 Sehr klar: *Green/Cardi,* USA Rz 6/173 ff; *Yamamoto,* Japan Rz 7/291 ff, 681 ff; vgl auch *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/158 f. Siehe ferner die Preliminary observations und die Länderberichte in *Spier* (Hrsg), The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut (1996); sowie in *Spier* (Hrsg), The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective (1998).

588 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/189 ff; *Quézel-Ambrunaz,* Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law, JETL 2012, 24 ff.

589 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/150.

590 Siehe *Moréteau,* Frankreich Rz 1/189; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/148; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/144.

591 *Askeland,* Norwegen Rz 2/126; in Ungarn *(Menyhárd,* Ungarn Rz 4/161 und 165) wird zwar auf die Vorhersehbarkeit abgestellt, andererseits aber die Bedeutungslosigkeit der Adäquanztheorie hervorgehoben.

592 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/151; *Zmij,* Wrongfulness as a liability's prerequisite in Art. 415 Polish Civil Code, in: Heiderhoff/Zmij (Hrsg), Tort Law in Poland, Germany and Europe (2009) 20 ff. *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/147 ff. In Ungarn *(Menyhárd,* Ungarn Rz 4/165) scheint dieses Kriterium nicht herangezogen zu werden.

593 So wohl in Norwegen: *Askeland,* Norwegen Rz 2/128. Siehe ferner *Yamamoto,* Japan Rz 7/703 ff.

594 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/142.

595 *Green/Cardi,* USA Rz 6/182; siehe auch *Hamer,* »Factual causation« and »scope of liability«: What's the difference? Modern Law Review 77 (2014) 155. Ähnlich zum Teil in Japan, siehe *Yamamoto,* Japan Rz 7/703.

Bei der Adäquanz wird zwar überwiegend auf die Vorhersehbarkeit des Schadens[596] und in Polen[597] auf die »Normalität des Schadens« abgestellt, vielfach werden aber noch weitere Kriterien herangezogen. So wird in Norwegen[598] auch geprüft, ob der Schaden ausreichend eng mit den rechtlich geschützten Interessen des Klägers verknüpft ist, was insbesondere bei Schädigung dritter Personen bedeutsam sein kann. **8/291**

Erwähnenswert ist ferner, dass die Grenze der Zurechenbarkeit als elastisch verstanden wird und bei schwerwiegenden Haftungsgründen, wie etwa bei Vorliegen von Vorsatz, weiter gezogen wird[599]. **8/292**

Die Redeweise von der *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges* ist zwar noch immer gebräuchlich[600], doch setzt sich die Erkenntnis durch, dass es um eine Wertungsfrage der Begrenzung der Zurechnung und nicht um ein Verursachungsproblem geht[601]. In der Sache handelt es sich vielfach um Fälle, in denen eine fremde, nicht herausgeforderte Willensbetätigung dazwischentritt[602]. **8/293**

Haftungshöchstbeträge sind außerhalb des deutschen Rechtskreises erfreulicherweise nicht sehr geläufig[603]. In den USA[604] werden sie jedoch zunehmend dann anerkannt, wenn dies aus Gründen der Kosten für eine Haftpflichtversicherung notwendig erscheint; das trifft insbesondere für immaterielle Schäden in Arzthaftungsfällen zu. Ob dies allerdings ein wirksames Mittel zur Senkung der Versicherungskosten ist, konnte noch nicht nachgewiesen werden. **8/294**

---

596 In Basic Questions I Rz 7/7 wird auf den insbesondere von *Larenz* betonten Grundgedanken der Beherrschbarkeit der Gefahr hingewiesen, der dann nicht mehr trage, wenn die Gefahr ganz entfernt und untypisch ist, so dass kein Täter veranlasst wäre, sein Verhalten danach auszurichten. Im US-amerikanischen Bericht wird daraus abgeleitet *(Green/Cardi,* USA Rz 6/181), dass derjenige, der ein Gewehr sorglos verwahre und dieses daher in die Hände ungeeigneter Personen gelange, nicht für die Schäden zu haften habe, die der unbefugte Benutzer damit verursacht, weil dessen Schießen vom Eigentümer des Gewehrs nicht mehr beherrschbar gewesen sei, sobald es ihm entzogen wurde. Damit wird jedoch die Adäquanztheorie erheblich missverstanden: Es kommt selbstverständlich nicht darauf an, ob der Eigentümer den Schuss verhindern konnte, sondern darauf, dass er durch sorgfältige Verwahrung schon die unbefugte Benutzung und damit das durchaus absehbare Entstehen der gefährlichen Situation verhindern hätte können.

597 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/149. Darauf wird unter anderem auch in Ungarn abgestellt: *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/163.

598 *Askeland,* Norwegen Rz 2/129.

599 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/191; *Askeland,* Norwegen Rz 2/130; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/159; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/145; siehe ferner *van Dam,* Tort Law² 308 mit weiteren Nachweisen.

600 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/190.

601 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/147; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/160 ff; *Green/Cardi,* USA Rz 6/180.

602 Dazu *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/154; *Green/Cardi,* USA Rz 6/188 ff.

603 So sind in Polen *(Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/156) keine vorgesehen; ähnlich *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/176.

604 *Green/Cardi,* USA Rz 6/194 f.

8/295 Es kann daher *zusammenfassend* festgehalten werden, dass im Bereich der Begrenzung der Schadenszurechnung in der Sache allgemein weitgehend Übereinstimmung gegeben ist, terminologisch und systematisch allerdings Unterschiede vorhanden sind, die eine Verständigung erschweren. Diese Hindernisse sollten jedoch ohne allzu große Schwierigkeiten ausgeräumt und Einigung in den Hauptfragen erzielt werden können.

II. Das Sonderproblem des rechtmäßigen Alternativverhaltens

8/296 Einen Anwendungsfall der Schutzzwecklehre bildet das Sonderproblem des rechtmäßigen Alternativverhaltens. In Basic Questions I Rz 7/22 werden einige bekannte Beispiele zur Veranschaulichung des Problems geschildert: Ein PKW-Fahrer überholt einen Radfahrer mit zu geringem Seitenabstand und überfährt ihn; derselbe Schaden wäre jedoch auch bei Einhaltung des erforderlichen Abstandes eingetreten, da der Radfahrer infolge Trunkenheit überaus stark torkelte. Sehr häufig werden die Situationen diskutiert, dass ein Arzt seinen Patienten ohne ausreichende Aufklärung über die Risken kunstgerecht operiert, dennoch nachteilige Folgen eintreten und der Arzt gegen den vom Patienten deswegen erhobenen Ersatzanspruch einwendet, der Patient hätte ohnehin auch bei gehöriger Aufklärung dem Eingriff zugestimmt und es wäre dann zu den gleichen negativen Auswirkungen gekommen. Eine Gewerkschaft begann den Streik ohne Abwarten der vorgeschriebenen, für Verhandlungen gedachten fünftägigen Wartefrist; den Ersatzansprüchen setzte sie entgegen, dass die Verhandlungen jedenfalls gescheitert wären. Ein Polizeibeamter nahm einen Verdächtigen ohne Haftbefehl fest; im Amtshaftungsverfahren berief sich der Staat darauf, dass der zuständige Richter ohnehin die Haft verhängt hätte.

8/297 Es wird nur selten erkannt, dass es um Probleme des *Schutzzwecks* oder des Rechtswidrigkeitszusammenhanges, also der im common law sogenannten legal causation, geht[605]; meist werden die Fälle als Problem der natürlichen Kausalität[606] abgehandelt. Der Fall des Überholens eines Radfahrers durch einen Autofahrer kann nach Ansicht von *Green/Cardi* »problemlos als ein Fall tatsächlicher Verursachung gelöst werden. Auf die für die Feststellung der natürlichen Kausalität zu stellende Frage ›Wäre das Ergebnis ohne das unerlaubte Verhalten anders

605 So etwa zutreffend *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/153 f; vgl auch *Hamer,* Modern Law Review 77 (2014) 167 ff.

606 *Askeland,* Norwegen Rz 2/134; *Green/Cardi,* USA Rz 6/184 ff.

gewesen?‹ wäre die Antwort schlichtweg: ›Nein‹. Da das unerlaubte Verhalten darin bestand, dass der PKW-Fahrer einen zu geringen Seitenabstand einhielt, jedoch der Schaden selbst bei ausreichendem Abstand eingetreten wäre, ist die unerlaubte Handlung des Fahrers keine faktische Ursache des Schadens. Der Fahrer ist daher nicht haftbar, weil es an der faktischen Kausalität fehlt – der Unfall hätte sich auf jeden Fall ereignet.« Dieses Ergebnis ist allerdings verblüffend: Der Radfahrer liegt ohne jegliche Ursache plötzlich schwerverletzt auf der Straße! Es scheint auch eher selbstverständlich, dass der Kraftfahrer durch das Niederstoßen des Radfahrers sowohl im Sinne der conditio-sine-qua-non-Formel als auch auf Grund des but-for-Tests die *»reale Ursache«* (factual cause) für dessen Verletzung gesetzt hat: er hat den Radfahrer tatsächlich umgestoßen. Überdies: wäre der Autofahrer – was ja ebenfalls eine durchaus mögliche Verhaltensvariante gewesen wäre – überhaupt nicht oder in einem noch größeren Abstand als nach den Verkehrsregeln vorgeschrieben oder ganz langsam vorbeigefahren, so wäre der Schaden nicht eingetreten.

Zu dem überraschenden Ergebnis, das tatsächliche Niederstoßen sei keine **8/298**
Ursache der Verletzung, kommt es dadurch, dass *Green/Cardi* bei der *Kausalitätsfeststellung* nicht nur prüfen, ob das Verhalten des Beklagten tatsächlich zum Schaden geführt hat, sondern dies mit der Prüfung der Rechtswidrigkeit verbinden, indem sie dem tatsächlichen rechtswidrigen Verhalten ein bestimmtes rechtmäßiges Verhalten gegenüberstellen. Sie betonen nämlich: »Zur Feststellung der tatsächlichen Verursachung muss stets die hypothetische Prüfung durchgeführt werden: ›Was hätte sich ereignet, wenn der Täter das unerlaubte Verhalten nicht gesetzt hätte?‹« Damit wird letztlich aber doch nur darauf abgestellt, ob das Niederstoßen mit der Rechtswidrigkeit des tatsächlichen Verhaltens zusammenhängt. Das macht jedoch deutlich, dass in der Sache kein Unterschied zur Auffassung besteht, dass es um ein Problem des *Rechtswidrigkeitszusammenhanges* geht, sondern lediglich eine andere Denk- und Ausdrucksweise bevorzugt wird. Es wäre aber sicherlich für die Erkennung des wahren Problems und der Unterschiedlichkeit der Fragestellungen vorteilhafter, wenn auch terminologisch klargestellt wird, dass es hier um den Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit – damit um den Normzweck – geht und nicht um die faktische Kausalität; wenn möglich sollten unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen auch terminologisch auseinander gehalten werden.

Das wird etwa im deutschen Rechtskreis überwiegend dadurch gefördert, dass **8/299**
bei der Prüfung der »natürlichen« Kausalität an Hand der conditio-sine-qua-non-Formel lediglich das zur Diskussion stehende aktive Handeln *weggedacht* wird, ohne ein hypothetisches anderes Ereignis hinzuzudenken[607]: Bei Hinwegdenken

607 Siehe dazu und zum Folgenden Basic Questions I Rz 5/60 und 7/24.

des Vorbeifahrens des Autofahrers – ohne ein anderes Verhalten hinzuzudenken – wäre der Radfahrer nicht niedergestoßen worden.

8/300 *Green/Cardi* haben mich aber in höchst dankenswerter Weise durch ihre Argumentation dazu veranlasst, die Kausalitätsfrage nochmals durchzudenken. Ich habe daher die Frage gestellt, ob es richtig ist, so wie im deutschen Rechtskreis und darüber hinaus üblich[608], lediglich das zu prüfende Ereignis wegzudenken, ohne ein anderes Ereignis hinzuzudenken. Dagegen scheint zu sprechen, dass bei der Prüfung der Ursächlichkeit der tatsächliche Ablauf einem *hypothetischen* gegenüberzustellen und zu fragen ist, ob bei diesem hypothetischen Verlauf der zur Diskussion stehende Schaden nicht eingetreten wäre oder auch dann. Für diesen hypothetischen Ablauf ist wohl zu berücksichtigen, dass bei Wegfall eines Ereignisses es meist nicht mit dem Entfall dieses Ereignisses sein Bewenden hätte, sondern ein anderes Ereignis statt dessen hinzuträte. In unserem Beispiel etwa könnte der Autofahrer sonst im vorgeschriebenen Abstand oder einem noch größeren Abstand vorbeigefahren sein; er hätte seine Geschwindigkeit so vermindern können, dass der Radfahrer nicht mehr gefährdet gewesen wäre; er hätte den Radfahrer warnen und zum Stehenbleiben veranlassen können oder er selbst hätte mit der Vorbeifahrt so lange warten können, bis der Radfahrer im sicheren Straßengraben gelandet ist. Wie der Geschehensablauf sonst gewesen wäre, ist allerdings nicht eindeutig feststellbar. Jedenfalls scheint es problematisch zu sein, wenn *Green/Cardi* für die Kausalitätsprüfung ein ganz bestimmtes Verhalten, nämlich die Vorbeifahrt im vorgeschriebenen Seitenabstand, als den einzigen und feststehenden hypothetischen Ablauf zum Vergleich heranziehen, obwohl eine fast unübersehbare Zahl von Varianten denkbar ist[609]. Von den vorstellbaren hypothetischen Abläufen hätten manche ebenfalls zum selben Schaden geführt, andere wohl zu einem geringeren, und wieder andere hätten keine Schadensfolgen ausgelöst. Aus diesem Variantenreichtum kann nun sicherlich nicht einfach jene Verhaltensweise herausgegriffen werden, die für den Beklagten am günstigsten ist, weil sie zur Verneinung seiner Ursächlichkeit führen würde. Ebenso denkbar wäre ja auch, dass der Autofahrer noch knapper am Radfahrer vorbeifahren wollte; dieses Verhalten würde zu keiner Entlastung des Beklagten führen. Es fragt sich vielmehr, ob nicht die Feststellung entscheidend ist, dass die Verletzung des Radfahrers abstrakt gesehen durchaus vermeidbar gewesen wäre, also der Schaden nicht jedenfalls eingetreten wäre. Das Hinzudenken aller vorstellbaren hypothetischen Abläufe könnte daher möglicherweise nur insofern von Bedeutung sein, dass die Kausalität dann verneint wird, wenn auch *jede* andere Variante zum selben Schaden geführt hätte, dieser also *unvermeidbar* war. Dann und nur dann käme eine Haftung des Beklagten nicht

608 Siehe dazu *Zimmermann,* Comparative Report, in: Winiger/Koziol/B. A. Koch/Zimmermann (Hrsg), Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation (2007) Rz 2/29/3.

609 Siehe dazu auch *Hamer,* Modern Law Review 77 (2014) 168 f.

in Betracht, weil die Vermeidbarkeit in einem abstrakten Sinn nicht gegeben und damit eine Zurechnung nicht mehr gerechtfertigt wäre[610]. Da die Zurechnung des Schadens entscheidend davon abhängt, ob der Belangte den Schaden vermeiden hätte können, muss es für die Feststellung der Ursächlichkeit und damit der Zurechnung des Schadens ausreichen, dass hypothetische Abläufe möglich gewesen wären, die den Schaden nicht herbeigeführt hätten; der Schaden also vermeidbar war. Von diesem Gedanken aus ist es auch selbstverständlich, dass nicht ein mehr oder minder beliebiges anderes Verhalten als das relevante hypothetische Ereignis zum Vergleich herausgegriffen und als entscheidend für die Feststellung erachtet wird, ob der Schaden auch sonst eingetreten wäre. Andererseits ist festzuhalten, dass bei Beurteilung eines konkreten Verhaltens die Ursächlichkeit nicht nur deshalb verneint werden darf, weil es denkbar ist, dass auch andere, rein hypothetische Ereignisse zum gleichen Schaden geführt hätten: wäre dies maßgebend, so wäre eine Zurechnung aktiven Tuns so gut wie nie möglich, weil fast stets andere Ereignisse vorstellbar sind, die den Schaden zugleich oder in naher oder ferner Zukunft ebenfalls herbeiführen hätten können. So wäre in unserem Beispielsfall der hypothetische Verlauf – wie schon angesprochen – auch derart vorstellbar, dass der Beklagte noch knapper am Radfahrer vorbeigefahren wäre oder der unmittelbar nachfolgende Autofahrer den betrunkenen Radfahrer niedergestoßen hätte und damit derselbe Schaden eingetreten wäre. Soll die Voraussetzung der natürlichen Kausalität handhabbar bleiben, dann müssen derartige rein gedankliche, beliebig fortsetzbare Hypothesen irrelevant und allein die realen Vorgänge entscheidend sein[611]. Es bleibt daher dabei: maßgebend ist die *reale Herbeiführung* des Schadens verbunden mit der Feststellung, dass die Herbeiführung des Schadens *vermeidbar* gewesen wäre, was durch das Wegdenken des Verhaltens des Beklagten ermittelt werden kann. Rein gedankliche, hypothetische Ereignisse können nicht zur Verneinung der natürlichen Kausalität eines Ereignisses führen, das real den vermeidbaren Schaden herbeigeführt hat; rein gedankliche hypothetische Verhaltensweisen können nicht der Feststellung tatsächlicher Abläufe dienen[612]. Alle anderen Überlegungen bezüglich wertender Zurechnungseingrenzungen gehören nicht mehr zum Problemkreis der natürlichen Kausalität, sondern zu anderen Zurechnungs-Instrumenten. Daher bilden die Fälle des rechtmäßigen Alternativverhaltens

610 Siehe *F. Bydlinski,* Causation as a Legal Phenomenon, in: Tichý (Hrsg), Causation in Law (2007) 8 f, 14 ff; ferner Basic Questions I Rz 5/58.

611 Darin liegt auch der – stärker als bisher, siehe Basic Questions I Rz 7/23 und 29 f, zu betonende – Unterschied zu den Fällen hypothetischer Kausalität, bei denen es stets um spätere reale Ereignisse geht, so dass Sicherheit gegeben ist, welche Ereignisse in die Betrachtung einzubeziehen sind. In den Fällen rechtmäßigen Alternativverhaltens stehen hingegen rein hypothetische, nicht realisierte Abläufe zur Diskussion, so dass schon ungewiss ist, welches Ereignis sonst tatsächlich eingetreten wäre.

612 So schon *Koziol,* Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, Österreichisches Recht der Wirtschaft (RdW) 2007, 12 f.

kein Problem der natürlichen Kausalität, sondern das Problem eines anderen, wertenden Zurechnungskriteriums, nämlich des Schutzzwecks der verletzten Verhaltensnorm, also im common law der sogenannten legal causation.

8/301 Die von *Green/Cardi* angeregten Überlegungen haben mich allerdings für die *Unterlassungen* zu einer Änderung meiner Meinung geführt, jedoch in die entgegengesetzte Richtung als die von *Green/Cardi* vertretene: Ich habe bisher – so wie nun auch *Green/Cardi* – für Unterlassungen vertreten, dass bei diesen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens schon aus Gründen der natürlichen Kausalität zur Verneinung der Haftung führt. Ausgegangen bin ich dabei davon[613], dass eine Unterlassung nur dann kausal sei, wenn die Vornahme einer bestimmten aktiven Handlung das Eintreten des Erfolges verhindert hätte und diese Handlung möglich gewesen wäre. Daraus habe ich – einer verbreiteten Meinung folgend – geschlossen, dass bei Unterlassungen die Haftung schon wegen fehlender Kausalität zu verneinen sei, »wenn derselbe Nachteil auch bei pflichtgemäßem positivem Tun entstanden wäre«. Richtigerweise müsste jedoch auch bei den Unterlassungen – parallel zu dem eben Ausgeführten – zwischen der Kausalitäts- und der Rechtswidrigkeitsproblematik schärfer unterschieden werden: Wäre die Abwendung des Schadens durch eine Handlung möglich gewesen, so war die Unterlassung dieser Aktivität kausal für den Schaden, und zwar selbst dann, wenn bei rechtmäßigem Verhalten – also bei pflichtgemäßer Vornahme der Rettungsmaßnahme – derselbe Schaden eingetreten wäre. Die Frage, ob die Unterlassung pflichtwidrig war und das pflichtgemäße Verhalten geeignet gewesen wäre, den Schadenseintritt zu verhindern, ist eben eine Frage der Rechtswidrigkeit und des Rechtswidrigkeitszusammenhanges, und nicht der sogenannten natürlichen Kausalität.

8/302 *Green/Cardi* haben mich somit zur Erkenntnis geführt, dass es bei der Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens sowohl bei aktivem Tun als auch bei Unterlassungen regelmäßig letztlich um keine Haftungsbefreiung wegen mangelnder natürlicher Kausalität gehen kann, da diese regelmäßig zu bejahen ist, sondern die Haftung nur aus anderen, wertenden Gesichtspunkten ausgeschlossen sein könnte. Wie schon dargelegt[614], geht es um Gründe im Bereich der Rechtswidrigkeit und des Rechtswidrigkeitszusammenhanges oder – weiter formuliert – des *Schutzzwecks der verletzten Norm.* Dies hat gegenüber dem Lösungsansatz mit Hilfe der natürlichen Kausalität auch den erheblichen Vorteil, dass damit ein elastischeres Kriterium zu Verfügung steht.

8/303 Die überwiegend vertretene Auffassung[615], der Einwand eines möglichen rechtmäßigen Alternativverhaltens sei beachtlich und führe zu einer vollständigen *Haftungsbefreiung* des Täters, wird in sehr vielen Fällen auch bei diesem Ansatz

613 Basic Questions I Rz 7/24; ebenso in RdW 2007, 13.
614 Basic Questions I Rz 7/24.
615 Dazu und zum Folgenden siehe Basic Questions I Rz 7/25 f mit weiteren Angaben.

durchaus zutreffend sein: Wenn durch die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten untersagt wird, dann dient dies regelmäßig dem Ziel der Verhütung eines sonst drohenden Schadens. Dieses Ziel der Schadensverhütung kann jedoch nicht erreicht werden, wenn der gleiche Schaden ohnehin durch rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt werden darf und kann. Daraus ist daher abzuleiten, dass derartige Schäden nicht im Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm liegen können, da die Rechtsordnung die Herbeiführung solcher Schäden durchaus zulässt.

Moréteau[616] berichtet jedoch von entgegengesetzten Entscheidungen, die eine **8/304**
Haftungsbefreiung ablehnen, und meint zu deren Begründung: »die Erklärung, der Rechtssatz bezwecke nicht so sehr die Schadensprävention wie vielmehr die Unterdrückung bestimmter Verhaltensweisen, klingt überzeugend«. Ganz entsprechend werden auch von *Ludwichowska-Redo*[617] Normen angesprochen, die darauf ausgerichtet sind, die Zufügung eines Schadens in bestimmter Weise oder durch ein bestimmtes Verhalten hintanzuhalten. Das stimmt durchaus mit der im deutschen Rechtskreis verbreiteten Auffassung[618] überein, dass die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten dann zu keiner Haftungsbefreiung führt, wenn die Verhaltensnorm nicht so sehr die Verhütung eines Schadens im Auge hat, sondern vor allem eine bestimmte *Verhaltensweise* ausschließen oder die Einhaltung eines *bestimmten Verfahrens* erreichen will. Wollte man auch hier den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens berücksichtigen, so wird argumentiert, dann wäre damit für jedermann die Möglichkeit gegeben, den von der Rechtsordnung vorgeschriebenen, etwa einen mit Sicherheitsgarantien ausgestatteten Rechtsweg, oder – wie insbesondere bei ärztlichen Eingriffen – die eigene fundierte Entscheidung des Betroffenen zu umgehen. Mit dieser Begründung wird die Präventivfunktion besonders stark in der Vordergrund gerückt.

Wenn es in derartigen Fällen abgelehnt wird, dem Einwand des rechtmäßi- **8/305**
gen Alternativverhaltens haftungsbefreiende Wirkung zuzubilligen und dem Geschädigten vollen Ersatz für den real gegebenen Nachteil zuzusprechen, so stößt dieses Ergebnis vielfach – allerdings aus Kausalitätserwägungen – auch auf Widerspruch, etwa bei *Green/Cardi* und *Moréteau.* Sie verweisen etwa darauf, dass im Arzthaftungsfall der Gesundheitsschaden nicht durch die mangelhafte Information des Patienten verursacht wurde, wenn dieser sich auch bei vollständiger Aufklärung für die Operation entschieden hätte und daher dieser Schaden genauso eingetreten wäre, oder im Arrestfall der Kläger auch bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Haftverfahrens in Haft genommen worden wäre. Es sollen daher im Folgenden einige der Einleitungsbeispiele auf der Basis der neuerlichen Überlegungen und der Gegenargumente nochmals erörtert werden.

616 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/194.
617 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/152.
618 Siehe die Angaben in Basic Questions I Rz 7/26.

8/306 Im *Radfahrerfall* hätte es durchaus Verhaltensalternativen gegeben, die zur Vermeidung der Verletzung des Radfahrers geführt hätten; es ist daher nach den obigen Überlegungen von der Verursachung des Schadens durch den Autofahrer auszugehen. Es gibt hier aber keinen Anlass, von der allgemeinen Überlegung abzuweichen, dass der tatsächlich eingetretene Schaden nicht im Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm liegt, wenn er ohnehin auch durch rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt werden hätte können.

8/307 Im *Arzthaftungsfall* ist wohl schärfer als bisher zwischen der Verletzung der Informationspflicht und der Vornahme der wegen fehlender Aufklärung unzulässigen Operation zu unterscheiden. Im Vordergrund der Diskussionen steht stets der Schaden, der ohne jegliche Fehlleistung des Arztes im Zuge der Operation eintrat, also insofern als zufällig bezeichnet werden kann. Unstrittig ist, dass der Arzt dann den Schaden verursacht hat, wenn der Patient bei gehöriger Aufklärung sich gegen die Operation entschieden hätte und daher auch der Folgeschaden nicht eingetreten wäre; wegen der Rechtswidrigkeit des Eingriffs ohne wirksame Einwilligung besteht dann somit kein Zweifel an der Haftung des Arztes. Die Schwierigkeiten beginnen jedoch, wenn der Patient sich auch bei gehöriger Aufklärung für die Durchführung der Operation entschieden hätte und in diesem Fall der Folgeschaden ebenfalls eingetreten wäre. Auszugehen ist nach den obigen Ausführungen davon, dass der operierende Arzt durch die – unzulässige – Vornahme der Operation auch die zufälligen negativen Folgen verursacht hat. Ferner ist wieder davon auszugehen, dass die Rechtsordnung nicht das Ziel verfolgt, Handlungen zu sanktionieren, die zu keiner Risikoerhöhung gegenüber dem rechtmäßigen Verhalten führen. Demnach sollte die Unerlaubtheit der Operation aus Schutzzwecküberlegungen keine volle Haftung[619] für die zufälligen negativen Folgen auslösen, wenn der Patient bei rechtmäßiger Operation demselben Risiko ausgesetzt gewesen wäre.

8/308 Es ist jedoch in diesen Arztfällen zu beachten, dass durch Unterlassung der erforderlichen Aufklärung oder die unzutreffende Information auch das Recht auf – informierte – *Selbstbestimmung* verletzt wurde. Dementsprechend wird für Frankreich[620] in den Fällen unzulänglicher Aufklärung durch den Arzt der Gedanke betont, dass vor allem ein bestimmtes Verhalten verhindert werden soll und daher jedenfalls – also selbst wenn der Patient bei gehöriger Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte und daher der Gesundheitsschaden eingetreten wäre – der ideelle Schaden zu ersetzen ist; damit wird auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Selbstbestimmung nach Verschaffung einer ausreichenden

619 Auf die gesonderte Frage, ob eine Schadensteilung sachgerecht wäre – siehe dazu Basic Questions I Rz 7/29 ff – wird hier nicht näher eingegangen.

620 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/194.

Entscheidungsbasis abgestellt. Auch *Green/Cardi*[621] wollen auf die Verletzung der Selbstbestimmung abstellen und den dadurch verursachten Schaden ersetzen[622]. Bei diesem Schaden ginge es allerdings um einen ganz anderen Schaden, als die eingetretene Beeinträchtigung der Gesundheit, nämlich um einen ideellen Nachteil, der durch Verletzung des Selbstbestimmungsrechts verursacht wurde. Das erscheint eine überzeugende Lösung, doch ist auch noch zu prüfen, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht auch eine Haftung für die – unverschuldeten – negativen Folgen der Operation auslösen könnte. Zu bedenken ist diesbezüglich allerdings zunächst, dass in dieser Fallvariante der Patient sich auch bei gehöriger Aufklärung für die Operation entschieden hätte und somit dasselbe Risiko zufälliger negativer Folgen gegeben gewesen wäre. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Erfordernis einer auf ausreichender Information aufbauenden Einwilligung nicht zwecks Vermeidung von zusätzlichen Risiken vorgesehen ist; derartige Risken können vom fachkundigen Arzt sicherlich besser abgeschätzt werden als vom Patienten. Das Einwilligungserfordernis dient vielmehr der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und damit auch der Ermöglichung der Entscheidung, ein bestimmtes Risiko auf sich nehmen zu wollen oder nicht. Wenn jedoch der Patient auch bei vollständiger Aufklärung das Operationsrisiko auf sich genommen hätte, ist ihm durch die Missachtung seines Selbstbestimmungsrechts auch kein zusätzliches, unerwünschtes Risiko aufgebürdet worden. Daher ist wiederum davon auszugehen, dass die Rechtsordnung wohl keine volle Schadenstragung[623] vorsehen will, wenn durch das rechtswidrige Verhalten keine Risikoerhöhung eingetreten ist und der Patient auch bei gehöriger Aufklärung denselben Nachteil erlitten und zu tragen gehabt hätte. Es bleibt aber – worauf *Green/Cardi* und *Moréteau* hinweisen[624] – jedenfalls der Schaden zu berücksichtigen, der gerade durch die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts eingetreten ist und bei gehöriger Aufklärung nicht entstanden wäre: es ist dies der ideelle Nachteil, der durch die Verletzung eines fundamentalen Persönlichkeitsrechts verursacht wurde. Dieser ist daher jedenfalls zu ersetzen, wenn die Aufklärungspflichtverletzung schuldhaft erfolgte[625].

Zuletzt noch zum Fall des – wegen des fehlenden Gerichtsbeschlusses – **8/309** rechtswidrigen *Arrests.* Es ist dies das Paradebeispiel dafür, dass die verletzte Verhaltensnorm nicht so sehr die Verhütung eines Schadens im Auge hat, sondern

621 *Green/Cardi,* USA Rz 6/186.

622 Schon *Karner,* Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 108 ff, 119 ff, betonte die Unterscheidung zwischen dem Integritätsinteresse und dem Dispositionsinteresse und die daraus folgenden schadenersatzrechtlichen Konsequenzen.

623 Wie schon erwähnt, wird auf die weitere Frage, ob eine Schadensteilung sachgerecht wäre – siehe dazu Basic Questions I Rz 7/29 ff – hier nicht näher eingegangen.

624 *Green/Cardi,* USA Rz 6/186; *Moréteau,* Frankreich Rz 1/194.

625 So auch schon *Karner,* Ideelle Schäden bei Körperverletzung 121 f.

vor allem eine bestimmte *Verhaltensweise* ausschließen oder die Einhaltung eines *bestimmten Verfahrens* erreichen wolle und daher die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten zu keiner Haftungsbefreiung führen dürfe. Ausgangspunkt der Überlegungen muss sein, dass zwar die Verhaftung zulässig war, jedoch innerhalb bestimmter Frist ein gerichtlicher Beschluss über die Fortdauer der Haft zu erwirken gewesen wäre oder die Freilassung erfolgen hätte müssen. Der weitere unzulässige Arrest wäre vermeidbar gewesen und wurde tatsächlich durch die eine unzulässige Haft verhängende Behörde verursacht. Für eine Ersatzpflicht und die Nichtberücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens als Befreiungsgrund spricht hier, dass die Rechtsordnung ein besonderes, die Interessen des Inhaftierten sicherndes Verfahren vorgesehen hat, und die Nichteinhaltung dieses Verfahrens jedenfalls das Risiko einer unzulässigen Haft, also eines ganz erheblichen Nachteils, vergrößert. Steht jedoch fest, dass das Gericht die weitere Anhaltung genehmigt hätte, weil alle gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen, dann ist es wohl doch wieder sachgerechter, darauf Bedacht zu nehmen, dass die Rechtsordnung nicht die Anhaltung an sich vermeiden wollte, sondern nur eine Anhaltung ohne Gerichtsbeschluss und sämtliche negativen Folgen einer nicht rechtzeitigen gerichtlichen Genehmigung vermeiden wollte, also etwa eine dadurch bedingte Verlängerung des Freiheitsentzugs, aber auch die ideellen Schäden, die durch die Nichteinhaltung der Verfahrensvorschriften beim Inhaftierten entstehen. Ein Verdienstentgang hingegen, der auch sonst bei Vorliegen einer Genehmigung eingetreten wäre, erscheint dann nicht – zumindest nicht voll[626] – ersatzfähig. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass die Ansicht manches für sich hätte, das Gesetz wolle jede nicht genehmigte Haft vermeiden, so dass alle durch die Haft herbeigeführten Nachteile zu ersetzen sind, wenn die vorgesehenen Verfahren nicht eingehalten wurden und die Haft daher widerrechtlich war. Es wäre dann aber wiederum zu überlegen, ob die dadurch ersparte, weil nicht mehr erforderliche Haft mit Gerichtsbeschluss als Vorteil anzurechnen ist, was letztlich wieder zum gleichen Ergebnis führen könnte.

8/310 Ein häufig diskutierter Aspekt des Problembereichs »rechtmäßiges Alternativverhalten« liegt in den *Beweisschwierigkeiten,* die dem Geschädigten drohen, wenn er den Nachweis der gedachten hypothetischen Entwicklung zu erbringen hätte. Wie sollte etwa ein Patient den Beweis führen, dass er bei gehöriger Aufklärung durch den Arzt sich gegen die Durchführung der Operation entschieden hätte und der Schaden daher nicht eingetreten wäre? Schwierigkeiten treten eben insbesondere dann auf, wenn hypothetische Entscheidungen in der Vergangenheit zur Diskussion stehen, die sich vielfach einem Nachweis entziehen. Der hier vertretene Standpunkt kann zwar nicht die Beweisschwierigkeiten ausschalten,

626 Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass hier nicht auf die weitere Frage, ob eine Schadensteilung sachgerecht wäre – siehe dazu Basic Questions I Rz 7/29 ff – näher eingegangen wird.

er führt jedoch dazu, dass weitgehend den Beklagten die Beweislast trifft und dadurch die Ersatzansprüche für den Geschädigten durchsetzbar werden: Geht es um das Problem, dass der Schaden außerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegt, so muss sich der Beklagte zu seiner Entlastung auf diesen Umstand berufen und daher den Beweis dafür erbringen, dass der Schaden auch sonst bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Es obliegt somit dem Beklagten der schwierige Nachweis des gedachten alternativen Geschehens. Dafür, dass dieses Ergebnis sachgerecht ist, spricht *Karollus'* überzeugender Standpunkt, dass derjenige, der durch sein rechtswidriges Verhalten das Risiko erhöht hat, das Aufklärungsrisiko, also die *Beweislast,* zu tragen hat: Er muss den Beweis führen, dass sich die Risikoerhöhung im zu prüfenden Fall nicht ausgewirkt hat[627]. Die Beweisverteilung zu Lasten des rechtswidrig Handelnden lässt sich durchaus mit dem Sanktions- und Präventionsgedanken rechtfertigen: Es soll schon ein Verhalten unterbunden werden, das einerseits gefährlich ist und anderseits Aufklärungsschwierigkeiten heraufbeschwört; das Risiko der Unaufklärbarkeit ist eher jenem, der es durch rechtswidriges Handeln geschaffen hat, als dem Geschädigten aufzuerlegen.

627 *Karollus,* Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 399 ff. Zustimmend *Moréteau,* Frankreich Rz 1/195.

Teil 8 Der Ersatz des Schadens

I. Rechtsvergleichender Rundblick

8/311 Wie schon oben (Rz 8/29) hervorgehoben wurde, kann das Schadenersatzrecht im kontinentaleuropäischen Sinn nicht mit dem gesamten law of torts des common law gleichgesetzt werden, sondern nur mit jenen torts, die einen Schaden voraussetzen und auf den *Ausgleich des verursachten Schadens* abzielen. Alle anderen torts, die entweder keinen Schaden voraussetzen oder nicht compensatory damages vorsehen, sondern etwa injunctions oder Strafen, sind hinsichtlich Voraussetzungen oder Rechtsfolgen und damit der maßgebenden Funktion des Rechtsinstruments nicht mit dem kontinentaleuropäischen Schadenersatzrecht vergleichbar und haben daher hier außer Betracht zu bleiben.

8/312 Für das dem Ausgleich verursachten Schadens dienende Schadenersatzrecht und die entsprechenden torts des common law wird der Grundsatz, dass *voller Ersatz* zu leisten ist – aber auch nicht mehr[628] –, allseits betont[629]; auf die Abweichung im Bereich der Billigkeitshaftung wird hingewiesen[630]. Auch die PETL (Art 10:101) betonen die Aufgabe der Ersatzleistung eine »Geldzahlung an den Geschädigten zu leisten, um seinen Schaden auszugleichen und ihn, soweit das durch die Geldzahlung zu erreichen ist, so zustellen, wie er gestanden hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.« Ähnlich formuliert auch Art VI.-6:101 DCFR.

8/313 *Moréteau*[631] kommt für das französische Recht zur Erkenntnis, dass der Grundsatz des vollständigen Schadensausgleichs zwar betont, im Ergebnis jedoch keineswegs stets tatsächlich gewährt wird und das Ausmaß des Ersatzes letztlich auch von der Schwere der gegebenen Zurechnungsgründe abhängig zu sein scheint. Dass zwischen dem Gewicht der Zurechnungsgründe und dem Ausmaß des Ersatzes ein Zusammenhang hergestellt wird, erscheint durchaus sachgerecht[632]. Nicht empfehlenswert erscheint es allerdings, den Umfang des Ersatzes allein vom Grad des Verschuldens abhängig zu machen, wie es in Österreich

---

628 Das wird besonders für das japanische Recht betont: *Yamamoto,* Japan Rz 7/805.

629 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/197; *Askeland,* Norwegen Rz 2/138; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/157; *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/167 und 169; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/150; *Yamamoto,* Japan Rz 7/69 und 806.

630 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/158. Im japanischen Recht findet sich hingegen keine Billigkeitshaftung, *Yamamoto,* Japan Rz 7/870.

631 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/197 ff.

632 Siehe Basic Questions I Rz 8/8.

vom ABGB vorgesehen wird. Dies stößt selbst in Österreich zunehmend auf Kritik[633] und wird in anderen Ländern abgelehnt[634]: Lediglich auf das Verschulden und nicht auf die Gesamtheit der Zurechnungsgründe sowie auf die Interessenlage abzustellen, ist viel zu einseitig und starr. Wohl aber wäre eine Abstimmung des Umfanges des Ersatzes auf Grund einer umfassenden Wertung und eine normative Beurteilung des Schadens anzuerkennen[635].

Im deutschen Rechtskreis genießt die *Naturalrestitution* nach dem Gesetz Vorrang; Gleiches gilt für Ungarn[636]. Wenn für Polen darauf hingewiesen wird, dass dem Geschädigten die Wahl zusteht, so weicht dies im Ergebnis kaum ab, da auch im deutschen Rechtskreis damit argumentiert wird, dass die Naturalrestitution den Interessen des Geschädigten dienen soll und dieser daher auch geltend machen kann, dass er Geldersatz bevorzugt, es sei denn, dass dadurch der Schädiger unangemessen belastet wird[637]. Dem polnischen Modell entspricht auch Art 10:104 PETL. Im französischen Recht wird der Naturalrestitution zwar kein Vorrang eingeräumt, doch wird sie von den Gerichten häufig vorgesehen[638]. Dem dürfte die Regelung des DCFR entsprechen (Art VI.-6:101 Abs 2): Es ist die den Umständen nach angemessene Ersatzart festzulegen. Im englischen Recht ist die Naturalrestitution unbekannt[639], was der allgemeinen, auch im Vertragsrecht herrschenden Tendenz entspricht, dem Gläubiger nur einen Anspruch auf Geld einzuräumen[640]. Abgesehen von der eher erstaunlichen Ausnahme der Wiederherstellung der Ehre ist die Naturalrestitution auch im japanischen Recht nicht vorgesehen[641]. 8/314

Das Konzept des *objektiven Schadens* wird vor allem in Österreich verfochten[642], aber auch im polnischen[643] und vereinzelt im japanischen[644] Recht vertreten und damit ermöglicht, den Minimalschaden zu bestimmen. Im englischen Recht scheint eine objektive Berechnung entsprechend dem Marktwert üblicherweise angewendet zu werden[645]. 8/315

Bei Dauerschäden wird in Norwegen, England und USA sowie in Japan eine einmalige *Kapitalabfindung* bevorzugt, doch wird aus besonderen Gründen auch 8/316

633 Basic Questions I Rz 8/2.
634 *Askeland,* Norwegen Rz 2/139.
635 *Askeland,* Norwegen Rz 2/140.
636 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/168.
637 Basic Questions I Rz 8/11 ff.
638 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/210.
639 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/150.
640 Siehe *Beale* (Hrsg), Chitty on Contracts[31] (2012) Para 27-005.
641 *Yamamoto,* Japan Rz 7/95, 763 und 779.
642 Basic Questions I Rz 3/8 ff, 8/10; siehe ferner eingehend *Karner,* Fragen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, Fenyves-FS (2013) 189.
643 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/71.
644 *Yamamoto,* Japan Rz 7/260, 785.
645 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/151.

eine Rente zugesprochen[646]. In Polen wird hingegen grundsätzlich Rentenzahlung vorgesehen, außer bei immateriellen Schäden[647], und in Ungarn haben die Gerichte die Art der Ersatzleistung zu bestimmen[648], doch überwiegen die Rentenzahlungen.

8/317 Die *Reduktion* des Ersatzbetrages aus ganz besonderen Gründen wird in Norwegen aber auch in Polen vorgesehen[649], und sowohl von den PETL (Art 10:401) als auch dem DCFR (Art VI.-6:202) vorgeschlagen, wobei vor allem die finanzielle Situation auf beiden Seiten in die Abwägung einzubeziehen ist; in Frankreich findet eine derartige Möglichkeit zunehmend Befürworter[650]. In England und den USA sowie in Japan steht eine Reduktionsklausel hingegen nicht zur Diskussion; es wird auf die Insolvenzregelung verwiesen[651].

II. Schlussfolgerungen

8/318 Im wesentlichen Punkt, dass vom verantwortlichen Schädiger grundsätzlich voller Schadensausgleich – nicht weniger, aber auch nicht mehr – zu leisten ist, besteht Einvernehmen.

8/319 Was die *Naturalrestitution* betrifft, so konnte die European Group on Tort Law Einigkeit erzielen, dass eine Naturalherstellung im Rahmen einer sachgerecht begrenzten Berücksichtigung der Interessen des Geschädigten primär vorzusehen ist (Art 10:104 PETL)[652]. Diese ausgewogene Lösung könnte wohl auf allgemeine Zustimmung stoßen.

8/320 Auf eine besondere Art des Schadensausgleichs für ideelle Nachteile macht *Moréteau*[653] im Zusammenhang mit der Erörterung des Ausgleichs geringfügiger Schäden aufmerksam. Er führt aus: »Viele Opfer suchen nach einer Gelegenheit, Stellungnahmen abzugeben und öffentliche Bestätigung dafür zu erlangen, dass sie ein Unrecht erlitten haben. Wenn ein Persönlichkeitsrecht verletzt wurde, wie

646 *Askeland,* Norwegen Rz 2/141; *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/154 f; *Green/Cardi,* USA Rz 6/197 f; *Yamamoto,* Japan Rz 7/764 ff.

647 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/161.

648 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/172.

649 *Askeland,* Norwegen Rz 2/145 ff; *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/164. *Askeland* geht interessanterweise näher ein auf das Verhältnis zwischen Reduktionsklausel und Begrenzung der Zurechnung mit Hilfe der Adäquanz.

650 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/11 und 212 ff.

651 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/152; *Green/Cardi,* USA Rz 6/199 f; *Yamamoto,* Japan Rz 7/870.

652 Siehe dazu *Magnus,* Damages, in: European Group on Tort Law (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 159 f.

653 *Moréteau,* Frankreich Rz 1/169; siehe auch *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/22.

Ehre, Privatsphäre oder Bild, wären nicht wenige Opfer mit nominellem Schadenersatz zufrieden, sowie mit der Veröffentlichung einer Darstellung in den Medien, die das Recht verletzt haben. Entschädigung ist nicht ausschließlich eine finanzielle Angelegenheit, insbesondere wenn der Schutz von Nichtvermögensrechten betroffen ist.« Das deckt sich mit der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte judizierten *»satisfaction by finding a violation«*[654]. Der Gedanke, dass »finding of a violation«, also die *Feststellung einer Rechtsverletzung,* schon für sich als gerechte Genugtuung (just satisfaction) angesehen werden kann, wurde von *Franz Bydlinski*[655] damit gerechtfertigt, dass dieses deklaratorische Urteil als eine besondere Form der Naturalherstellung angesehen werden kann: »Wenn und soweit es nun genau um die negativen psychischen Auswirkungen der Rechtsverletzung an sich geht, also um die Beeinträchtigung des Rechtsgefühls, das beim Menschen in eigener Sache naturgemäß sehr empfindlich ist, wird dem Betroffenen im strengen Wortsinn ›Genugtuung‹ dadurch verschafft, dass ihm insoweit autoritativ Recht, dem Gegner aber Unrecht gegeben wird, was beim Geschädigten positive Reaktionen auslösen muss, die die negative Betroffenheit über die Rechtsverletzung aufwiegen oder diesem Effekt doch so nahe wie möglich kommen.« Ich denke, dass es sehr sinnvoll wäre darüber zu diskutieren, ob geringere ideelle Schäden allgemein lediglich durch die Feststellung der Rechtsverletzung ausgeglichen werden sollten: Einerseits erhielten die Opfer durch diese Feststellung einen Naturalersatz; andererseits würde die Vermeidung insgesamt ganz erheblicher Zahlungen für geringfügige ideelle Nachteile es ermöglichen, wirklich bedeutende Schäden in einer befriedigenderen Weise als derzeit auszugleichen und dennoch die Prämien von Haftpflichtversicherungen herabsetzen zu können.

Die in Umsetzung des Rechtsfortwirkungsgedankens verfochtene Anerkennung einer *objektiv-abstrakten Schadensberechnung,* insbesondere nach dem Marktwert einer Sache, für die Feststellung des zu ersetzenden Mindestschadens, dürfte letztlich keine allzugroßen Schwierigkeiten bereiten. Die European Group on Tort Law hat dieses Konzept nach eingehenden Diskussionen schon übernommen (Art 10:201 PETL)[656] und damit auch einen Beitrag für die Aktivierung der präventiven Funktion des Schadenersatzrechts geleistet[657]. **8/321**

654 Dazu *Józon,* Satisfaction by Finding a Violation, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (2011) 741 ff.

655 Methodologische Ansätze zum Schadenersatzrecht der EMRK, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg), Jurisprudence of the European Court of Human Rights Rz 2/257; zustimmend *Koziol,* Concluding Remarks on Compensatory and Non-Compensatory Remedies, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, Jurisprudence of the European Court of Human Rights 869 ff.

656 Siehe dazu *Magnus* in: EGTL, Principles 161 f.

657 Zur Präventivfunktion des Schadenersatzrechts als Basis für das Konzept der objektiven Schadensberechnung siehe Basic Questions I Rz 3/8 ff.

8/322 Auch die flexible, die Interessen des Geschädigten berücksichtigende Entscheidung betreffend laufende Zahlungen oder *Kapitalabfindung* (Art 10:102 PETL)[658] sollte konsensfähig sein.

8/323 Die *Reduktionsklausel* stieß schon innerhalb der European Group on Tort Law auf heftigen Widerstand[659] und wird voraussichtlich auch auf weltweiter Ebene wiederum Diskussionen auslösen, deren Ausgang kaum vorhersehbar ist. Dass meines Erachtens gerade das Schadenersatzrecht eine derartige flexible Möglichkeit der Reduktion der Verpflichtung in Ausnahmefällen benötigt, habe ich in Basic Questions I (Rz 8/24 ff) zu begründen versucht. Hier zu erwähnen ist lediglich noch, dass die in Länderberichten zum Ausdruck kommenden Horrorvorstellungen bezüglich der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit sicherlich jeglicher Berechtigung entbehren und daher einer sachlichen Diskussion nicht dienlich sind. Das gilt insbesondere für die im US-amerikanischen Bericht[660] geäußerte Befürchtung: »Für uns klingt dieses Argument unverblümter Umverteilung – Geld, das ärmeren Menschen gegeben wird, hilft diesen mehr, als wenn es bei den Reichen verbliebe. Ein solches Argument könnte, würde es akzeptiert, dazu führen, dass ein Opfer einer Schädigung katastrophalen Ausmaßes Zahlung von jemandem begehrt, der den Schaden gar nicht zu verantworten hat.« Die Reduktionsklausel führt ja ganz eindeutig nicht zur Begründung einer sonst nicht gegebenen Haftung wegen des Reichtums des Beklagten, sondern allenfalls in seltenen Fällen und unter sorgfältiger Abwägung der Schutzwürdigkeit beider Seiten zur Reduzierung einer nach den allgemeinen Regeln gegebenen Haftung.

658 Siehe dazu *Magnus* in: EGTL, Principles 153 f.
659 Zu Art 10:401 siehe dazu *Moréteau* in: EGTL, Principles 179 f.
660 *Green/Cardi,* USA Rz 6/200.

Teil 9 Die Verjährung des Schadenersatzanspruchs

I. Rechtsvergleichender Rundblick

Die nationalen Verjährungsregeln bieten insgesamt eine Vielfalt an unterschiedlichsten Verjährungsfristen. Das ist insofern nicht allzu überraschend, als bei der Festlegung von Fristen keine exakten Interessenabwägungen möglich sind; für die Bestimmung von Verjährungsfristen, die in höchst unterschiedlichen Lebenssituationen sachgerecht sein sollen, besteht daher ein recht weiter Spielraum[661]. Da insofern keine tiefgreifenden Überzeugungsfragen zu lösen sind, dürfte eine internationale Einigung auf bestimmte, sachgerecht erscheinende Fristen letztlich kaum auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. **8/324**

Es kann allerdings durchaus sein, dass schon die grobe Einschätzung, ob sehr lange oder eher kurze Fristen erforderlich sind, mit Grundproblemen zusammenhängt, über deren Lösung noch kein Einvernehmen erzielt werden konnte. Ein derartiger Zusammenhang besteht auch tatsächlich gerade zwischen den sachlich bedeutsamen, auf Grund höchst unterschiedlicher Wertungen gegensätzlich gelösten Problemen des Beginns der Verjährungsfristen und der Dauer der Verjährungsfristen. Das Problem des Beginns der Verjährungsfrist erweist sich als das wohl wirkliche Kernproblem des schadenersatzrechtlichen Verjährungsrechts. Auf dieses ist daher noch näher einzugehen und zu versuchen, durch die Herausarbeitung der grundlegenden Abwägungsmomente zu einer überzeugenden und damit akzeptierbaren Lösung zu gelangen. **8/325**

Der Lauf *kurzer, subjektiver Verjährungsfristen* wird regelmäßig an die Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger geknüpft, so dass keine Frage bezüglich des Beginns offen ist[662]. Soweit *lange, objektive Verjährungsfristen* vorgesehen werden, ist hingegen kein Einklang bezüglich des Beginns der Laufzeit gegeben: Teils wird das schädigende Ereignis für maßgebend gehalten, teils wird auf den Eintritt des Schadens abgestellt[663]. Beginnt die Verjährung mit dem schädi- **8/326**

661 Das betont zu Recht der ungarische Bericht *(Menyhárd,* Ungarn Rz 4/182). Anhaltspunkte für die Dauer der Frist versucht allerdings die ökonomische Analyse des Rechts zu liefern, siehe *Gilead,* Economic Analysis of Prescription in Tort Law, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2007 (2008) 112 ff.

662 Siehe *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/165 ff; *Yamamoto,* Japan Rz 7/872 ff und 888 ff; ferner *Zimmermann,* Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription (2002) 92 f, 96 ff.

663 Siehe zum deutschen Rechtskreis Basic Questions I Rz 9/16 ff; zum japanischen Recht *Yamamoto,* Japan Rz 7/931 ff. Einen breiten rechtsvergleichenden Überblick bieten etwa *Zimmermann,* Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription; *Zimmermann/Kleinschmidt,* Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims,

genden Ereignis, so kann es – insbesondere bei Einwirkung von Strahlungen, Chemikalien oder Krankheitskeimen – dazu kommen, dass die Verjährungsfrist schon vor Eintritt des Schadens endet und der Geschädigte überhaupt keine Möglichkeit hat, zu einem Ausgleich des nun erst erlittenen Schadens zu gelangen.

8/327 Die dadurch ausgelöste, ganz offenkundige Problematik wird in einigen der hier zur Verfügung stehenden Berichten angesprochen[664]; die Wertungsansätze und Lösungen gehen aber weit auseinander. Der ungarische Bericht rührt zunächst an eine prinzipielle Frage: er macht zu Recht auf das Spannungsverhältnis zwischen dem grundrechtlichen Schutz des Eigentums und der Verjährung von Ansprüchen aufmerksam[665]. Es ist bei Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts naheliegend, dass in Ungarn die Rechte des Geschädigten ausreichend berücksichtigt werden. Dementsprechend kann in Ungarn die Verjährung keinesfalls vor Eintritt des Schadens beginnen, da es vorher an der Fälligkeit des Anspruches fehlt; dem Geschädigten wird daher jedenfalls die Möglichkeit der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruchs gewahrt, selbst wenn der Nachteil erst nach langer Zeit eintritt. Aus entsprechenden Erwägungen wird selbst für vorhersehbare künftige Schäden an diesem Beginn der Verjährungsfrist festgehalten. Auch das französische Recht knüpft bei der Untätigkeit des Geschädigten an und setzt dementsprechend für den Beginn der Verjährungsfrist voraus, dass der Schaden schon eingetreten ist und der Ersatzanspruch geltend gemacht werden könnte, wobei es bei Körperschäden noch einen Schritt weitergeht und sogar die »consolidation«, also die Vollendung des Schadens, verlangt[666].

8/328 Das polnische Recht[667] kennt neben der kurzen Verjährung, die ab Kenntnis von Schaden und Schädiger läuft, auch eine lange Frist, die ab »occurence of the damaging event« läuft. Diese Formulierung wurde dahin verstanden, dass das Schadensereignis und nicht der Schadenseintritt für den Beginn der Verjährungsfrist entscheidend ist[668]; dies obwohl die allgemeine Bestimmung ausdrücklich festhält, dass die Verjährungsfrist erst an dem Tag zu laufen beginnt, an dem der Anspruch entsteht. Der polnische Verfassungsgerichtshof[669] hat daraufhin verständlicherweise entschieden, dass die Bestimmung der Verfassung widerspreche, da sie den Verletzten eines Ersatzanspruches beraube. Der Gesetzgeber setzte

---

in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 31; *dieselben,* Verjährung: Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadensersatz, Bucher-FS (2009) 861.

664 Siehe etwa *Yamamoto,* Japan Rz 7/931 ff.

665 *Menyhárd,* Ungarn Rz 4/177 f.

666 Zu all dem *Moréteau,* Frankreich Rz 1/216 ff; *Moréteau,* France, in: Koziol/B. C. Steininger (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 264 ff.

667 *Ludwichowska-Redo,* Polen Rz 3/164 ff.

668 Urteil des Polnischen Obersten Gerichtshofs (SN) vom 17.2.2006, III CZP 84/05, veröffentlicht in *Koziol/B. C. Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2006 (2008) 389 f.

669 TK vom 1.9.2006, SK 14/05, veröffentlicht in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2006, 390 ff.

dieses Erkenntnis teilweise um und führte im Jahre 2007 eine ergänzende Bestimmung ein, wonach bei Personenschäden die Verjährungsfrist keinesfalls früher als drei Jahre ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers abläuft[670].

Auch das englische Recht hält den Eintritt des Schadens für den Beginn der Verjährungsfrist stets dann für erforderlich, wenn der Anspruch einen bewiesenen Schaden voraussetzt; nur bei jenen »torts«, bei denen es nicht auf einen Schadenseintritt ankommt, etwa bei trespass und libel, ist das deliktische Verhalten maßgebend[671]. Ebenso wird in den USA[672] daran festgehalten, dass die Verjährungszeit erst zu laufen beginnen könne, wenn der Anspruch entstanden ist, was den Eintritt des Schadens voraussetzt. Es bestehen zwar neben den »statutes of limitation« einige »statutes on repose«[673], bei denen der Fristlauf ab einem bestimmten Ereignis, etwa der Inverkehrbringung des Produkts, ohne Rücksicht auf den Schadenseintritt einsetzt. Die Kritik wendet sich jedoch gerade dagegen. So führte Judge Frank in *Dincher v. Marlin Firearms Co*[674] in seiner »dissenting opinion« aus: »Except in topsy-turvy land you can't die before you are conceived, or be divorced before ever you marry, or harvest a crop never planted, or burn down a house never built, or miss a train running on a non-existent railroad. For substantially similar reasons, it has always heretofore been accepted, as a sort of legal ›axiom‹, that a statute of limitations does not begin to run against a cause of action before that cause of action exists, i. e., before a judicial remedy is available to the plaintiff.« **8/329**

Es ist daran zu erinnern[675], dass § 1478 des österreichischen ABGB als Voraussetzung des Verjährungsbeginns hervorhebt, dass das Recht »an sich schon hätte ausgeübt werden können«. Dieser Grundsatz muss dazu führen, dass die Verjährung von Schadenersatzansprüchen erst mit dem *Eintritt des Schadens* beim Geschädigten beginnen kann: Vor Schadenseintritt ist der Schadenersatzanspruch noch nicht entstanden und kann daher auch noch nicht geltend gemacht werden. Diese Konsequenz wird verbreitet auch für die lange Verjährungsfrist anerkannt; von einem Teil der Literatur sowie der Rechtsprechung wird allerdings unter Missachtung der Grundregel der Standpunkt eingenommen, die lange Verjährungsfrist beginne schon mit der Begehung der Handlung zu laufen. Umgekehrt wird in Japan[676] trotz einer gesetzlichen Regelung, die auf den Zeitpunkt der unerlaubten Handlung abstellt, der Schadenseintritt für maßgebend gehalten. **8/330**

670 Siehe *Bagińska* in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2007, 451.
671 *Oliphant,* England und Commonwealth Rz 5/156.
672 *Green/Cardi,* USA Rz 6/204; siehe ferner *Dobbs/Hayden/Bublik,* The Law of Torts I² (2011) § 242.
673 *Green/Cardi,* USA Rz 6/206; *Dobbs/Hayden/Bublik,* The Law of Torts I² § 244.
674 198 F.2d 821, 823 (2d Cir. 1952) (Frank, J, dissenting); auf diese Entscheidung verweisen *Dobbs/Hayden/Bublik,* The Law of Torts I² § 244 FN 28.
675 Siehe Basic Questions I Rz 9/16.
676 Siehe etwa *Yamamoto,* Japan Rz 7/933.

8/331 In bemerkenswertem Gegensatz zu all den zahlreichen und doch auch gewichtigen Stimmen sieht § 199 Abs 2 und Abs 3 Z 2 des deutschen BGB ausdrücklich vor, dass die absolute Frist von 30 Jahren für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen ohne Rücksicht auf die Entstehung des Anspruchs mit der *Begehung der Handlung,* der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis beginnt; also auch schon vor Eintritt des Schadens[677]. Ebenso ist nach Schweizer Recht für den Beginn der absoluten zehnjährigen Frist der Zeitpunkt der schädigenden Handlung und nicht des Schadenseintritts maßgeblich[678].

8/332 In Deutschland wurden gegen einen Verjährungseintritt vor Anspruchsentstehung zwar auch verfassungsrechtliche Bedenken erhoben[679]. Andererseits verteidigt aber *Zimmermann* in seinen, auf umfangreichen rechtsvergleichenden Untersuchungen aufbauenden und auch das Zusammenwirken von Sozialversicherungsrecht und Schadenersatzrecht berücksichtigenden Untersuchungen die Irrelevanz des Schadenseintritts und die Maßgeblichkeit des Schadensereignisses. Er hat sogar vorgeschlagen – den Principles of European Contract Law folgend –, auch die kurze Verjährungsfrist an das Schadensereignis anzuknüpfen und die Unerkennbarkeit lediglich als Hemmungsgrund anzuerkennen und dadurch zu einem sehr homogenen Verjährungsrecht zu gelangen, wodurch die Probleme zweier selbständiger Verjährungsfristen mit unterschiedlichem Beginn und eigenem Ablauf vermieden würden.

8/333 Das ist sicherlich eine verlockende Lösung. Dennoch erscheint es mir notwendig, vor einer endgültigen Entscheidung die Diskussion nochmals auf die Grundwertungen zurückzuführen, die meines Erachtens doch etwas in den Hintergrund geraten sind.

II. Schlussfolgerungen[680]

8/334 Auszugehen ist davon – worauf in den Basic Questions I (Rz 9/1) schon hingewiesen wurde –, dass der Verlust eines bestehenden Rechtes bloß durch Zeitablauf oder zumindest der Eintritt der Undurchsetzbarkeit eine starke Beeinträchtigung des Schutzes wohl erworbener Rechte, des Freiheitsprinzips und des Gerechtigkeitspostulates bedeutet[681]. Wegen dieses Verlustes von Vermögenswerten gegen den Willen des Berechtigten wird die Verjährung vielfach als eine Art *Enteignung*

677 Dazu Basic Questions I Rz 9/18; *Grothe* in MünchKomm, BGB I[6] (2012) § 199 Rz 46.
678 Basic Questions I Rz 9/19.
679 *Grothe* in MünchKomm, BGB I[6] Vor § 194 Rz 9.
680 Die folgenden Überlegungen wurden weitgehend schon in meinem Beitrag »Der Beginn schadenersatzrechtlicher Verjährungsfristen«, Egon Lorenz-FS (2014) 653, veröffentlicht.
681 *F. Bydlinski,* System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) 167 f.

bezeichnet[682]; dabei ist aber noch verschärfend hervorzuheben, dass die Enteignung »dem allgemeinen Besten« (so ausdrücklich § 365 ABGB) dienen muss, die Verjährung hingegen ohne jeglichen Ausgleich zum Vorteil eines konkreten Schuldners ausschlägt und nicht das öffentliche Interesse fördert[683]. Allein von den eben genannten fundamentalen Prinzipien aus wäre das Institut der Verjährung – wie *F. Bydlinski*[684] betont – daher als *Verstoß gegen die Rechtsethik* zu qualifizieren. Dass das Institut der Verjährung auf Grund längerer Ausübungsmöglichkeit dennoch seit jeher sich breitester Anerkennung erfreut, kann aus anderen fundamentalen Rechtsprinzipien begründet werden, und zwar aus dem Erfordernis der *Rechtssicherheit* im Allgemeinen[685] sowie der *Praktikabilität* und der *wirtschaftlichen Effektivität*[686].

Wie *B.A. Koch*[687] zu Recht ausführt, hat jedoch grundsätzlich zu gelten, dass ein einmal entstandener Anspruch nur bei Überwiegen sonstiger Interessen verjähren darf. Bei der Entscheidung, wann Verjährung eingreifen soll, geht es, wie *Zimmermann*[688] hervorhebt, um eine heikle *Abwägung gegenläufiger Interessen;* die enteignungsgleiche Wirkung der Verjährung lasse sich aber nur dann rechtfertigen, »wenn der Gläubiger eine faire Chance hatte, seine Ansprüche zu verfolgen«[689]. Neben den Interessen des Belangten, insbesondere jenen am Schutz vor zunehmenden Beweisschwierigkeiten, vor unerwarteten Inanspruchnahmen und an der Dispositionssicherheit, spielen auch die Interessen der Allgemeinheit an rascher Geltendmachung der Rechte, Rechtsfrieden, Rechtssicherheit und Entlastung der Gerichte, vor allem aber selbstverständlich die Interessen des Berechtigten an ausreichender Gelegenheit zur Durchsetzung seiner Rechte die entscheidenden Rollen[690]. Das letztere Moment wird von *F. Bydlinski*[691] als Rechtsprinzip dahingehend formuliert, dass Verjährung erst beginnen kann, wenn der Berechtigte überhaupt in der Lage ist, das betreffende Recht auszuüben[692]. **8/335**

682 Nähere Angaben in Basic Questions I Rz 9/1 FN 3.
683 *Zimmermann,* »... ut sit finis litium«: Grundlinien eines modernen Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, JZ 2000, 857.
684 System und Prinzipien 167 ff.
685 *Grothe* in MünchKomm, BGB I⁶ Vor § 194 Rz 7; *Patti,* Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Verjährungsrecht des DCFR, ZEuP 2010, 58; *Piekenbrock,* Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung (2006) 317 f.
686 Vgl auch *Peters/Zimmermann,* Verjährungsfristen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981) 187 ff; *Gilead,* Economic Analysis of Prescription in Tort Law, in: Koziol/Steininger (Hrsg), European Tort Law 2007, 112 ff.
687 Verjährung im österreichischen Schadenersatzrecht de lege lata und de lege ferenda, Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 174.
688 *Zimmermann,* JZ 2000, 857; *derselbe,* Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription 76 ff.
689 *Zimmermann/Kleinschmidt,* Bucher-FS 868.
690 Siehe dazu in jüngster Zeit *Vollmaier,* Verjährung und Verfall (2009) 50 ff mwN.
691 System und Prinzipien 169.
692 Diesen Gedanken betont nun auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil *Howald Moor et autres c. Suisse* vom 11. März 2014 , Nr 52067/10 und 41072/11, §§ 71 und 74.

8/336 Für *Grothe*[693] ist dieser Gedanke ganz entscheidend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Entzugs von Rechten durch Zeitablauf, da auch Forderungsrechte Eigentumsqualität im Sinne des Art 14 Grundgesetz genießen und der Gesetzgeber daher gehalten ist, den Belangen des Gläubigers in angemessener Weise Rechnung zu tragen. Das bedeutet nach ihm, dass dem Gläubiger eine *faire Chance* eröffnet werden müsse, seinen *Anspruch geltend zu machen.* Er habe Gelegenheit zu bekommen, die Existenz seiner Forderung zu erkennen, ihre Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zu sammeln und die gerichtliche Durchsetzung vorzubereiten. Diesem Postulat könne entweder durch Abstellen auf Kenntnis beziehungsweise Erkennbarkeit oder durch Schaffung ausreichend langer objektiver Fristen entsprochen werden. Er betont abschließend, dass jedenfalls ein Verjährungseintritt vor Anspruchsentstehung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar sei.

8/337 Dieser Standpunkt kann auch durchaus mit privatrechtlichen und insbesondere schadenersatzrechtlichen Wertungen untermauert werden. Die Argumentationen jener, die für die Verjährung vor Entstehen des Ersatzanspruchs eintreten, erwecken vielfach den Eindruck, dass es keinesfalls primär um den Schutz des ersatzberechtigten Geschädigten, sondern um den Schutz des verantwortlichen Täters geht: Es werden die Notwendigkeit des Schutzes des Schuldners vor Beweisschwierigkeiten, der Schutz seiner vernünftigen Erwartung, dass ein Vorfall abgeschlossen zu betrachten sei, das öffentliche Interesse an der zügigen Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten sowie das Ziel der Verhinderung von Rechtsstreitigkeiten durch die Verjährungsregeln angeführt; lediglich am Schluss wird noch erwähnt, dass schließlich auch die berechtigten Belange des Gläubigers im Auge zu behalten seien[694]. Die gleiche Tendenz lässt die Aussage erkennen, dass das Recht nur soweit in den Lauf einer Verjährungsfrist eingreifen sollte, als dies zum Schutz des Gläubigers unbedingt erforderlich erscheint[695].

8/338 Es ist keinesfalls zu leugnen, dass damit sehr gewichtige Momente ins Spiel gebracht werden, aber es scheint mir darüber ein ganz grundsätzlicher Gedanke nahezu unberücksichtigt zu bleiben: Wie in den Basic Questions I[696] ausgeführt wurde, ist davon auszugehen, dass die Verjährung wegen der Säumigkeit des Gläubigers bei der Eintreibung eines durchsetzbaren Anspruchs eintritt. Die Säumigkeit und damit die Möglichkeit eines belastenden *Fehlverhaltens* des Schadenersatzgläubigers kann aber erst dann gegeben sein, wenn auch schon der Schaden eingetreten ist, da vorher der Schadenersatzanspruch keineswegs geltend gemacht werden kann. Liegen nun auf Seite des Geschädigten keinerlei belastende

693 MünchKomm, BGB I^{6} Vor § 194 Rz 9.
694 Siehe *Zimmermann/Kleinschmidt,* Bucher-FS 868.
695 Siehe *Zimmermann/Kleinschmidt,* Bucher-FS 870.
696 Basic Questions I Rz 9/21.

Momente vor, nicht einmal eine objektive Säumigkeit bei der Eintreibung seiner Forderung, dann fehlt jegliche sachliche Rechtfertigung dafür, den Geschädigten nur wegen des bloßen Verstreichens der Zeit seiner Ansprüche zu berauben und den Schädiger zu entlasten.

Ausgangspunkt für die Lösung des Verjährungsproblems muss die Überlegung sein, dass die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches darauf beruht, dass der Schädiger der endgültigen Tragung des Nachteils dann näher steht, wenn die Zurechnungsgründe erfüllt wurden; der *Geschädigte* also *schutzwürdiger* erscheint als der Schädiger. Es ist nun kein Grund dafür ersichtlich, dass der Geschädigte dann jedoch wieder weniger schutzwürdig sein und ihm ein Anspruch verweigert werden soll, wenn etwa bei Schädigung durch langsam wirkende chemische Substanzen oder Strahlungen der Schaden erst mehr als 30 Jahre nach der dem Schädiger zurechenbaren Handlung eintritt. Warum sollten derartige Opfer ohne jegliche Kompensation für ihren Verdienstentgang, die Heilungskosten und ihre Schmerzen bleiben? Bei allem Verständnis für die Interessen des Schädigers, vergangene Sachverhalte auch einmal als abgeschlossen betrachten zu können, muss doch die von der Rechtsordnung getroffene Grundwertung im Auge behalten werden, dass bei Vorliegen aller Zurechnungsgründe der Geschädigte als schutzwürdiger anerkannt wird als der Schädiger. Die ausschließliche Berücksichtigung der Interessen des verantwortlichen Schädigers in der Verjährungsfrage ist höchst einseitig, kehrt die schadenersatzrechtliche Wertung ohne tragenden Grund in ihr Gegenteil um und ist damit wenig sachgerecht. Derjenige, der möglicherweise den schädlichen Auswirkungen eines haftbarmachenden Ereignisses ausgesetzt ist, kann schließlich auch nicht verlangen, dass der Schaden nach einer bestimmten Zeit nicht mehr eintreten dürfe, da er schließlich einmal damit rechnen können müsse, dass kein Schaden eintrete. Die Natur lässt sich nicht vorschreiben, bis wann Schäden aufzutreten haben. Warum soll aber dann dem verantwortlichen Schädiger die Planungssicherheit gewährt werden, keiner Belastung mehr ausgesetzt zu sein, obwohl der Geschädigte gerade keine derartige Sicherheit erlangen kann, nunmehr keinen Nachteil mehr zu erleiden? Warum soll dies insbesondere angesichts der Tatsache gelten, dass der Schädiger regelmäßig immerhin eher von seinem eigenen rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten oder dem sonstigen Ereignis, für das er verantwortlich ist, Kenntnis haben wird, und für ihn daher auch viel eher ein Schadenseintritt absehbar ist als für den später Geschädigten; somit auch der Schädiger erheblich weniger Vertrauensschutz verdient als der Geschädigte? Vor allem aber: Warum soll das Sicherheitsinteresse des rechtswidrig und schuldhaft handelnden oder auf Grund einer Gefährdungshaftung verantwortlichen Schädigers den Vorrang haben vor dem Sicherheitsinteresse des Geschädigten, obwohl gerade der Schädiger die missliche Situation verantwortlich herbeigeführt hat? Diesen grundsätzlichen Abwägungsgesichtspunkt nahm der deutsche Gesetzgeber 2013 nun immerhin, allerdings nur in sehr beschränktem Maße, zur Kenntnis, **8/339**

indem er durch die Neufassung des § 197 Abs 1 Z 1 BGB und in Zusammenhang mit § 200 BGB Schadensersatzansprüche, die auf der vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen, erst in 30 Jahren ab Entstehung des Anspruchs und daher erst ab Eintritt des Schadens verjähren lässt. Dass auch bei grober oder leichter Fahrlässigkeit des Schädigers kein Grund dafür ersichtlich ist, dessen Interessen den Vorzug vor denen des unschuldigen Geschädigten zu geben, bleibt damit allerdings leider noch immer unberücksichtigt.

8/340 Über die Unverständlichkeit der *Umkehrung der schadenersatzrechtlichen Grundwertung* können auch die einzelnen Argumente, die auf die Schutzbedürftigkeit des ersatzpflichtigen Schädigers hinweisen wollen, nicht wirklich hinweghelfen. Wenn auf die Verschlechterung der Beweislage für den Schädiger durch den Verlauf einer langen Zeitspanne hingewiesen wird, so hat das zwar seine Berechtigung, doch darf darüber nicht vernachlässigt werden, dass die Herbeiführung dieser Schwierigkeiten primär gerade dem Schädiger selbst zurechenbar ist, der das haftbar machende Verhalten gesetzt hat und eben deshalb auch für den Schaden einzustehen hat. Überdies ist zu bedenken, dass der Geschädigte häufig ebenfalls nach längerer Zeit unter Beweisschwierigkeiten zu leiden hat, da der Ablauf des schädigenden Ereignisses oft kaum mehr nachweisbar sein kann. Irgendwelche Argumente, die für eine erheblich höhere Schutzwürdigkeit des Schädigers sprechen, lassen sich jedoch aus dem Beweisschwierigkeits-Argument nicht ableiten. Es ist überdies darauf hinzuweisen, dass gerade bei langsam wirkenden Schadensursachen der wissenschaftliche Fortschritt durchaus zu einer Erleichterung der Verteidigung des Schädigers führen kann[697].

8/341 Dass der Zeitablauf eine *vernünftige Erwartung* des Schuldners begründe, einen Vorfall als abgeschlossen betrachten zu können, kann gerade bei sehr langer Latenzzeit kaum vertreten werden. Dazu kommt noch, dass der Schädiger, der in zurechenbarer Weise eine Schadensursache mit langer Latenzzeit gesetzt hat, immerhin – wie schon erwähnt – viel eher mit dem Eintritt eines Schadens und damit einer Belastung durch Ersatzansprüche rechnen muss, als der Geschädigte, der möglicherweise nichts von einem derartigen Ereignis weiß oder zumindest nichts davon ahnt, dass er von einem derartigen Ereignis in Mitleidenschaft gezogen wurde. Es liegt daher wohl die Wertung auf der Hand, dass viel eher der Geschädigte vor der endgültigen Tragung eines ganz überraschenden Schadens zu bewahren ist, als der schuldhafte Schädiger, der immerhin vom Schadensereignis wissen wird.

8/342 Dass es im öffentlichen Interesse liegt, *Rechtsstreitigkeiten zügig zu entscheiden,* ist sicherlich zutreffend. Dass bei langen Latenzzeiten dem nicht entsprochen werden kann, hat jedoch der Schädiger in zurechenbarer Weise herbeigeführt,

697 Siehe den Hinweis in *Green/Cardi,* USA Rz 6/202.

so dass nicht ersichtlich wird, wieso dieses Argument zu Lasten des Geschädigten ausschlagen soll, der vielleicht von seiner künftigen Schädigung bisher noch nichts geahnt hat. Der Schädiger, der Sicherheit haben möchte, hätte es auch in der Hand, diese durch ein Anerkenntnis seiner Haftung für die aus dem von ihm zurechenbar herbeigeführten Schadensereignis entstehenden Schäden herbeizuführen. Der künftig Geschädigte, der weder etwas vom Schadensereignis noch von seiner Schädigung ahnt, kann seine künftige Überraschung durch den Schadenseintritt in keiner Weise verhindern.

Zimmermann/Kleinschmidt[698] bringen jedoch darüber hinaus noch ein höchst interessantes Argument dafür, dass die Verjährung vor Schadenseintritt und damit vor Entstehung des Ersatzanspruchs den Geschädigten zumindest bei Personenschäden in manchen Rechtsordnungen nicht unangemessen belaste: Sie verweisen zu Recht darauf, dass die Schadensfälle mit langer Latenzzeit in jenen Ländern eine erheblich geringere Bedeutung erlangt haben, in denen ein großzügig ausgestaltetes *Sozialversicherungsrecht* vorhanden ist, wie etwa in vielen europäischen Ländern. Es ist selbstverständlich völlig zutreffend, dass derartige alternative Ausgleichssysteme den Verlust des Schadenersatzanspruches durch Verjährung leichter ertragen lassen; der Anspruchsverlust betrifft letztlich nicht den Geschädigten sondern nur den allenfalls regressberechtigten Sozialversicherer. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass das Sozialversicherungsrecht den Geschädigten zwar etwas abfedert, aber den Verlust des Ersatzanspruches durch Verjährung keineswegs ganz ausgleicht, da die Sozialversicherung eine Reihe von Schäden keineswegs vollständig abdeckt, insbesondere nicht die ideellen Nachteile und die Sachschäden. Für die restlichen, von der Sozialversicherung nicht gedeckten Schäden bleiben jedoch alle Argumente aufrecht, die für die Schutzbedürftigkeit des Geschädigten und gegen den Schädiger sprechen. Voll überzeugend würde das Argument daher erst dann, wenn das Sozialversicherungsrecht das Schadenersatzrecht gänzlich verdrängt hätte. Das wird jedoch bei Sachschäden in absehbarer Zukunft nicht der Fall sein und überdies würde sich dann noch die Frage stellen, warum wegen der Verjährung des Rückgriffsanspruchs der Sozialversicherungsträger die Allgemeinheit und nicht der verantwortliche Schädiger den Nachteil endgültig zu tragen haben soll. Insofern bliebe das Verjährungsproblem weiterhin in vollem Umfang aufrecht. **8/343**

Viel eher zu rechtfertigen sind jene Regelungen, wie vor allem die französische und italienische, die überhaupt auf eine lange, objektive Frist verzichten und den Verjährungsbeginn stets an die Kenntnis des Geschädigten von Schädiger und Schaden binden[699]. **8/344**

698 Bucher-FS 902 ff.

699 *Zimmermann/Kleinschmidt,* Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims, in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 55 f.

8/345 Anzusprechen bleibt noch der Zusammenhang zwischen der Länge der Verjährungsfrist und dem Beginn der Verjährungszeit. Das BGB hat für die Fristlänge eine *Differenzierung nach dem Rang des verletzten Gutes* vorgesehen, die höchst überzeugend erscheint[700], da damit eine ganz wesentliche Grundwertung der Rechtsordnung berücksichtigt wird. Es verwundert daher nicht, dass dieser Gedanke auch im englischen Recht erhebliche Bedeutung hat: Der Vorschlag der englischen Law Commission aus dem Jahre 2001 sieht vor, dass die Geltendmachung von Personenschäden überhaupt keiner gesonderten langen Verjährungsfrist unterliegt, sondern nur der regelmäßigen, kurzen Verjährung, die auf die Kenntnis abstellt[701]. In den Niederlanden gibt es eine entsprechende Entwicklung[702]. In der österreichischen Reformdiskussion wurde dieser Gedanke daher auch aufgenommen: Von der dreißigjährigen Verjährungsfrist werden in § 1489 Abs 1 öE die reinen Vermögensschäden ausgenommen; für diese ist eine Frist von 10 Jahren vorgesehen.

8/346 Die deutsche Regelung, die neben der dreißigjährigen, ab dem den Schaden auslösenden Ereignis laufenden Frist, noch eine zehnjährige, erst mit Eintritt des Schadens beginnende Frist vorsieht, macht nun darauf aufmerksam, dass die Länge der Frist in Zusammenhang mit dem für ihren *Beginn maßgebenden Zeitpunkt* steht. Wird der Beginn der Laufzeit erst an den Schadenseintritt geknüpft, so besteht für den Geschädigten immerhin schon die abstrakte Möglichkeit, seinen Anspruch geltend zu machen. Ist hingegen das den Schaden auslösende Ereignis für den Fristbeginn maßgebend, dann besteht die Gefahr, dass die Verjährung schon vor der Entstehung des Anspruchs einsetzt und dem Geschädigten jegliche auch nur abstrakte Möglichkeit der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs abgeschnitten wird. Um diese Gefahr in möglichst erträglichen Grenzen zu halten, muss daher eine sehr lange Verjährungsfrist vorgesehen werden: Die Interessen des Geschädigten werden selbstverständlich um so massiver beeinträchtigt, je kürzer die Frist ist, da ihm dann bei immer weniger Schäden überhaupt noch eine – auch nur abstrakte – Chance der Geltendmachung seiner Ersatzansprüche verbliebe.

8/347 Umgekehrt kann eine umso längere Verjährungsfrist gewählt werden, je geringer die durch Zeitablauf entstehenden Gefahren einer unberechtigten Inanspruchnahme für den auf Ersatz in Anspruch Genommenen sind. Diese Gefahr

700 Für eine Differenzierung auch *Loser-Krogh,* Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 122 II (2003) 204; *Mansel,* Die Reform des Verjährungsrechts, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 384; *Zimmermann/Kleinschmidt* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 51 ff.

701 *Zimmermann/Kleinschmidt* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 53 f; vgl auch *B. A. Koch,* Liber Amicorum Pierre Widmer 197 ff.

702 *Zimmermann/Kleinschmidt* in: Koziol/Steininger, European Tort Law 2007, 54 f.

kann vor allem, wie dies § 933a Abs 3 ABGB für Ersatzansprüche wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache und für Mangelfolgeschäden sowie allgemein der öE (§ 1489 Abs 2) vorsieht, durch eine vollständige Umkehr der Beweislast zu Ungunsten des Geschädigten verringert werden.

Aus diesen Überlegungen können nun folgende *Regelungsansätze* gewonnen werden: Weitgehend unbestritten und als sachgerecht beizubehalten ist eine relative, *kurze Verjährungsfrist,* die an den Zeitpunkt der *Kenntnis* oder des Kennenmüssens (Offenkundigkeit) von Schaden und Ersatzpflichtigem anknüpft. Ist der Schaden schon eingetreten und kennt der Geschädigte Schaden und Schädiger, also die wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen, dann trifft den Geschädigten zumindest objektiv der gewichtige Vorwurf der *Säumigkeit.* Je schwerer der Vorwurf der Säumigkeit wiegt, desto weniger schutzwürdig erscheint der Geschädigte und desto eher können die Interessen des Schädigers berücksichtigt werden, so dass eine kurze Verjährungsfrist sachgerecht ist. **8/348**

Die objektive, *lange Verjährungsfrist* sollte ebenfalls entsprechend den in den europäischen Rechtsordnungen zum Ausdruck gelangenden Wertungen ausgestaltet werden. Nach den allgemeinen Grundgedanken des Verjährungsrechts darf sie daher – entgegen verbreiteter Auffassung – *nicht vor Eintritt des Schadens* zu laufen beginnen: Ist der Anspruch noch nicht entstanden, kann gegen den Geschädigten nicht einmal in einem völlig abstrakten Sinn der Vorwurf der Säumigkeit erhoben werden. Es fehlt daher an *jeglicher Rechtfertigung,* dem Geschädigten die Sanktion des Anspruchsverlustes aufzuerlegen und den Schädiger, der den Schaden in zurechenbarer Weise herbeigeführt hat, durch die Befreiung von der Verpflichtung zu begünstigen. Die Interessenabwägung schlägt hier eindeutig noch zu Lasten des verantwortlichen Schädigers aus. **8/349**

Läuft die Verjährungsfrist erst vom Schadenseintritt an, so erscheint eine kürzere objektive Frist als 30 Jahre angemessen. Wertungsmäßig spricht allerdings sehr viel dafür, auf die *Schutzwürdigkeit* der verletzten Güter abzustellen, bei Verletzung der höchstrangigen Güter weiterhin an der langen Frist von 30 Jahren festzuhalten oder sogar allein eine – relativ kurze – subjektive Frist vorzusehen und nur bei Beeinträchtigung geringerwertiger Interessen, vor allem reiner Vermögensinteressen, eine kürzere objektive Frist von 10 Jahren vorzusehen. **8/350**

Schließlich können die Interessen potentiell Ersatzpflichtiger, durch den Ablauf der Zeit nicht in unlösbare Beweisschwierigkeiten zu geraten und unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen ausgesetzt zu werden, dadurch gewahrt werden, dass ab der Hälfte der Verjährungsfrist die *Beweislast* zu Ungunsten des Klägers umgekehrt wird. Damit wird zugleich ein Anreiz zur erwünschten möglichst baldigen Geltendmachung von Ansprüchen gesetzt. **8/351**

■

Verzeichnisse

Sachverzeichnis
Autorenverzeichnis

Sachverzeichnis

Autorenverzeichnis

Bjarte Askeland

Universitetet i Bergen
Det juridiske fakultet
Magnus Lagabøtes plass
5010 Bergen
Norge

bjarte.askeland@jur.uib.no

Johnathan Cardi

Wake Forest University School of Law
Worrell Professional Center
Wake Forest Road
PO Box 7206
Reynolda Station
Winston Salem, NC 27109-7206
USA

cardiwj@wfu.edu

Michael D. Green

Wake Forest University School of Law
Worrell Professional Center
Wake Forest Road
PO Box 7206
Reynolda Station
Winston Salem, NC 27109-7206
USA

greenmd@wfu.edu

Helmut Koziol

Europäische Zentrum für
Schadenersatz- und Versicherungsrecht
Reichsratsstrasse 17/2
1010 Wien
Österreich

koziol@ectil.org

Katarzyna Ludwichowska-Redo

Uniwersytet Mikołaja Kopernika
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Cywilnego i Rodzinnego
ul. Władysława Bojarskiego 3
87-100 Toruń
Polska

kml@law.umk.pl

Attila Menyhárd

Eötvös Loránd Tudományegyetem (ELTE)
Állam- és Jogtudományi Kar
Polgári Jogi Tanszék
Egyetem tér 1-3
1053 Budapest
Magyarország

menyhard@ajk.elte.hu

Olivier Moréteau

Louisiana State University
Paul M Hebert Law Center
Center of Civil Law Studies
W326 Law Center
Baton Rouge, LA 70803
USA

moreteau@lsu.edu

Ken Oliphant

University of Bristol Law School
Wills Memorial Building
Queen's Road
Bristol
BS8 1RJ
UK

ken.oliphant@bristol.ac.uk

Keizo Yamamoto

Kyoto University
Faculty of Law
Yoshida-honmachi Sakyo-ku
606-8501 Kyoto
Japan

yamamoto.keizo@law.kyoto-u.ac.jp

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung des von Helmut Koziol herausgegebenen Werkes »Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Perspektive«. Es ist kein e-book im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen (in diesem Buch bis zu dreizehn) und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4.3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9.7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X:
Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.



Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter kontakt@jan-sramek-verlag.at Feedback auch zu unserem zweiten Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte hier.

